مصباح الفقاهة

في المعاملات



بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المکاسب المحرمه

کاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعهٔ:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الفهرس ----- ۵

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۳ ----- ۱۵

اشاره ----- ۱۵

[تتمه کتاب البیع] ----- ۱۵

اشاره ----- ۱۵

[مقدمه فی خصوص ألفاظ عقد البیع] ----- ۱۶

هل یعتبر اللفظ فی العقود؟ ----- ۱۶

تحقیق المقام یقع فی نواحی شتی: ----- ۱۸

الناحیه الاولی: أن الأصل الأولی فی العقود و الإیقاعات هل یقتضی الصحه أم یقتضی الفساد؟ ----- ۱۸

الناحیه الثانیه: أنه لا شبهه فی أن مقتضی العمومات و المطلقات هو صحه العقود و الإیقاعات. ----- ۲۲

اشاره ----- ۲۲

إشاره الأخرس و حکمها ----- ۲۴

الناحیه الثالثه: فی ماده الصیغه و هیئتها و ترتیبها- التی ینشأ بها العقد- ----- ۲۶

اشاره ----- ۲۶

الجهه الأولی فی ماده الصیغه. ----- ۲۶

اشاره ----- ۲۶

بحث فی ألفاظ الإیجاب و فی الإنشاء ببعت ----- ۳۲

هل یجوز إنشاء البیع بشریت ----- ۳۲

هل یجوز إنشاء البیع بملکت ----- ۳۴

هل یجوز إنشاء البیع باشتریت ----- ۳۶

ما هی ألفاظ القبول؟ ----- ۴۰

الاختلاف فی تعیین الموجب و القابل ----- ۴۲

الجهه الثانیه فی هیئه الصیغه، ----- ۴۷

اشاره ----- ۴۷

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟ ----- ۵۰
هل تعتبر الماضويه فى الإيجاب و القبول؟ ----- ۵۲
الجهه الثالثه فى الترتيب بين الإيجاب و القبول. ----- ۵۶
هل تعتبر الموالاه بين الإيجاب و القبول؟ ----- ۶۳
هل يعتبر التنجيز فى العقود؟ ----- ۷۰
اشاره ----- ۷۰
ما هو حكم التعليق فى العقود؟ ----- ۷۴
اشاره ----- ۷۴
ما استدل به على بطلان التعليق فى العقود ----- ۷۸
اشاره ----- ۷۸
الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلک، ----- ۷۸
الوجه الثانى: أن التعليق فى العقود أمر غير معقول، ----- ۷۸
الوجه الثالث: أن الظاهر من آيه وجوب الوفاء بالعقد- كسائر الخطابات الوضعيه و التكليفيه- أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجا، ----- ۷۸
الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفيه، ----- ۸۲
الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ ----- ۸۲
هل يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول؟ ----- ۸۳
اشاره ----- ۸۳
۱- أن يكون ذلک من ناحيه عنوان المعامله: ----- ۸۳
۲- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه المبيع: ----- ۸۳
۳- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشترى، ----- ۸۴
۴- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه الشروط المذكوره فى العقد ----- ۸۵
۵- التطابق بين الإيجاب و القبول فى أجزاء المبيع و الثمن، ----- ۸۵
هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟ ----- ۸۶
اشاره ----- ۸۶
بحث استطرادى فى لحوق الرضاء بالبيع الإكراهى ----- ۸۸
بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد ----- ۹۱

بحث فی المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه ----- ۹۶
اشاره ----- ۹۶
ما هو مدرک الضمان فی قاعده ما یضمن؟ ----- ۹۸
اشاره ----- ۹۸
۱- النبوی المعروف: ----- ۹۸
۲- الروایات [۱] الداله علی أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتری- أخذها صاحبها، ----- ۱۰۱
۳- الروایات «۱» الداله علی عدم حلیه مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه، ----- ۱۰۲
۴- قوله (ع) (حرمه ماله-: أی المؤمن- کحرمه دمه [۱] ----- ۱۰۲
۵- ما ورد فی جمله من الروایات [۱] أنه: لا یصلح ذهاب حق أحد ----- ۱۰۵
۶- الروایات [۱] الداله علی نفی الحکم الضرری فی الشریعه المقدسه ----- ۱۰۶
۷- قاعده الإقدام التی ذکرها الشیخ فی المبسوط، ----- ۱۰۸
بحث فی بعض الأعمال المضمونه ----- ۱۱۰
هل یفرق فی الضمان بین علم الدافع و جهله؟ ----- ۱۱۱
هل تضمن العین المستأجره فی الإجاره؟ ----- ۱۱۳
[ثم أنه یشکل اطراد القاعده فی موارد] ----- ۱۱۶
هل تنتقض القاعده بالصید الذی استعاره المحرم؟ ----- ۱۱۶
هل تنتقض القاعده بالبیع الفاسد؟ ----- ۱۱۹
هل تنتقض القاعده بحمل المبیع فاسدا؟ ----- ۱۲۱
هل تنتقض القاعده بالشرکه الفاسده؟ ----- ۱۲۲
هل ینتقض أصل القاعده بالنکاح الفاسد؟ ----- ۱۲۳
ما هو المدرک لعکس القاعده؟ ----- ۱۲۳
هل یجوز التصرف فی المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد؟ ----- ۱۲۵
اشاره ----- ۱۲۵
الجهه الأولی: أنه هل یجوز التصرف فی المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد تکلیفا، أم لا یجوز ذلک؟. ----- ۱۲۵
الجهه الثانیه: أن حرمه التصرف فی المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غیر المعاوضی الفاسد- أیضا- کالهبه و العاریه، أم لا؟ ----- ۱۳۰
الجهه الثالثه: أنه إذا بنینا علی عدم جواز التصرف فی المقبوض بالعقد الفاسد فهل یجب رده الی مالکه فورا، أم لا یجب ذلک؟ ----- ۱۳۱

الجهه الرابعه: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فهل تكون مئونه الرد على القابض. أم تكون على المالک؟ ----- ۱۳۵

الجهه الخامسه: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين المالک و ماله، دون رده اليه فهل هو كذلک على وجه الإطلاق، و فى جميع الموارد، ۱۳۶۰

ما هو حكم المنافع المستوفاه؟ ----- ۱۳۷

اشاره ----- ۱۳۷

فنقول: إنه قد استدل على الضمان بوجوه شتى. ----- ۱۳۷

۱- النبوى المعروف: ----- ۱۳۷

۲- قوله (ع): حرمه ماله-: أى المؤمن- كحرمه دمه «۲» ----- ۱۳۹

۳- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه، ----- ۱۴۰

۴- قاعده نفى الضرر، ----- ۱۴۰

نعم يمكن الاستدلال على الضمان- هنا- بأمرين: ----- ۱۴۱

۱- السيره القطعيه العقلائيه، ----- ۱۴۱

۲- قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن. ----- ۱۴۱

ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفاه ----- ۱۴۴

ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟ ----- ۱۴۷

اشاره ----- ۱۴۷

فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان المنافع مطلقا، لوجوه: ----- ۱۵۱

۱- حديث ضمان اليد، ----- ۱۵۱

۲- قوله عجل اللّه فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه «۱»). ----- ۱۵۳

۳- قوله (ع) فى جمله من الروايات «۲»: حرمه ماله (أى المؤمن) كحرمه دمه، ----- ۱۵۳

۴- قاعده نفى الضرر، ----- ۱۵۳

۵- قاعده من أتلف، ----- ۱۵۴

۶- الإجماع، ----- ۱۵۴

ما هو الدليل على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى ----- ۱۵۷

اشاره ----- ۱۵۷

فقد استدل على ضمان المثل فى المثلى و ضمان القيمه فى القيمى بوجوه شتى: ----- ۱۵۷

۱- قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه «۱». ----- ۱۵۷

۲- ما دل على احترام مال المؤمن، و أن حرمه ماله كحرمه دمه «۱» ----- ۱۵۹

۳- الروايات «۲» الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه- بعد أن أولدها المشترى- أخذها صاحبها، و أخذ المشترى ولده بالقيمه، ----- ۱۵۹

۴- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمه فى القيمى ----- ۱۵۹

۵- قوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱» ----- ۱۶۰

ما هو الفارق بين المثلى و القيمى ----- ۱۶۳

ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثليا أو قيميا؟ ----- ۱۶۵

هل يجب شراء المثل مع قلته و زياده قيمته؟ ----- ۱۷۳

ما هو حكم تعذر المثل؟ ----- ۱۷۷

اشاره ----- ۱۷۷

هل يجوز للضامن إجبار المالک على أخذ القيمه؟ ----- ۱۷۸

هل يجوز للمالک إجبار الضامن على إعطاء القيمه؟ ----- ۱۷۸

ما هو المناط فى صدق التعذر و الإعواز؟ ----- ۱۷۸

ما هو حكم سقوط العين عن الماليه؟ ----- ۱۸۱

ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟ ----- ۱۸۲

هل يضمن القيمى التالف بالقيمه؟ ----- ۱۸۴

اشاره ----- ۱۸۴

ما هو الملاک فى تعيين القيمه فى القيمى ----- ۱۸۹

ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحه و جوابه ----- ۱۹۷

اشاره ----- ۱۹۷

۱- أنه لو كان المناط فى الضمان هو قيمه يوم المخالفه و الغصب ----- ۱۹۷

۲- أنه قال أبو ولاد: قلت: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع): عليک قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه) ----- ۱۹۸

۳- أنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن المقوم الذى يعرف تفاوت ما بين الصحه و العيب، ----- ۲۰۲

ما استدل به على الضمان بأعلى القيم ----- ۲۰۵

اشاره ----- ۲۰۵

۱- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلک. ----- ۲۰۵

۲- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به، ----- ۲۰۷

٣- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان الید، ----- ٢٠٧

۴- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها إلى نهايه بقائها فى نظام الوجود، ----- ٢٠٧

۵- ما أفاده المصنف، ----- ٢٠٩

۶- ما ذكره المحقق الايروانى، ----- ٢١٠

٧- أن العين مضمونه على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها زمان وصولها إلى القيمه العليا. ----- ٢١٠

ختام البحث فى القيمى ----- ٢١۴

ما استدل به على ثبوت بدل الحيلوله ----- ٢١٧

اشاره ----- ٢١٧

١- ما هو الدليل على الالتزام ببدل الحيلوله عند تعذر الوصول إلى العين؟ ----- ٢١٨

اشاره ----- ٢١٨

الوجه الأول: قاعده نفى الضرر، ----- ٢١٨

الوجه الثانى: قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم «١». ----- ٢٢٠

الوجه الثالث: قاعده الضمان بالإتلاف، ----- ٢٢١

الوجه الرابع. قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ----- ٢٢٢

الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلوله مع تعذر وصول المالک الى ماله. ----- ٢٢٣

٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلوله بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبه، ----- ٢٢۴

٣- هل يعتبر التعذر العقلى فى ثبوت بدل الحيلوله، أم لا؟. ----- ٢٢۵

۴- ما هو شأن القيمه مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار المالک حينئذ على أخذها؟. ----- ٢٢٧

۵- ما هو حكم البدل المبذول فهل يكون ذلک ملكا لمالک العين أم لا؟ ----- ٢٢٨

۶- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟. ----- ٢٣١

اشاره ----- ٢٣١

بحث فى فروع مهمه ----- ٢٣٢

اشاره ----- ٢٣٢

١- أنه إذا توضأ أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد. ----- ٢٣٢

٢- أنه إذا غصب أحد خمرا محترمه لغيره، أو غصب دابه، و ماتت الدابه و انقلبت الخمر خلا، ----- ٢٣٢

٣- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبه، ----- ٢٣٢

۴- أنه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه ----- ۲۳۳
خلاصه البحث فی بدل الحیلوله ----- ۲۳۳
۷- لو تمکن الغاصب من العین المغصوبه بعد أداء بدلها لمالکها فهل یجوز له الرجوع إلیها أم لا. ----- ۲۳۴
۸- ما هو حکم ارتفاع القیمه السوقیه بعد أداء البدل؟ ----- ۲۳۵
اشاره ----- ۲۳۵
بحث فی أسباب الضمان ----- ۲۳۵
بحث فی حق الاختصاص و وجه ثبوته ----- ۲۳۸
اشاره ----- ۲۳۸
و تحقیق البحث هنا یقع فی نواحی شتی: ----- ۲۳۹
الناحیه الأولی: فیما استدل به علی منشأ حق الاختصاص. ----- ۲۳۹
اشاره ----- ۲۳۹
الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنه خاصه فی الأموال فی عرض الملکیه و قبالها، ----- ۲۳۹
الوجه الثانی: أن حق الاختصاص مرتبه ضعیفه من الملکیه، ----- ۲۳۹
الوجه الثالث: أنه ثبت فی الشریعه المقدسه حرمه التصرف فی مال غیره إلا بطیب نفسه و رضاه. ----- ۲۴۰
الوجه الرابع: دعوی الإجماع علی بقاء حق الاختصاص فی الأعیان بعد زوال ملکیتها. ----- ۲۴۱
الوجه الخامس: دلاله المرسله المعروفه بین الفقهاء (من حاز ملک) و قوله (ص) (من سبق الی ما لم یسبقه الیه مسلم فهو أحق به) ----- ۲۴۱
الناحیه الثانیه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غیره. ثم أخرجه عن صورته النوعیه الأولی إلی الصوره النوعیه الأخری. ثم أرجعه إلی سیرته الأولی، ----- ۲۴۳
الناحیه الثالثه: أنک قد عرفت قریبا ثبوت حق الاختصاص فی العین التی سقطت عن المالیه، و خرجت عن الملکیه، ----- ۲۴۴
۹- هل الغرامه المدفوعه تعود الی الغارم بمجرد طرو التمکن؟. ----- ۲۴۵
اشاره ----- ۲۴۵
ختام البحث فی بدل الحیلوله ----- ۲۴۷
[الکلام فی شروط المتعاقدین] ----- ۲۴۸
[البحث حول الصبی و أحکامه] ----- ۲۴۸
نقل الأقوال حول تصرفات الصبی ----- ۲۴۸
بحث فی إسلام الصبی ----- ۲۴۹
هل تصح عبادات الصبی؟ ----- ۲۵۶

اشاره ----- ۲۵۶
أما العبادات المستحبه ----- ۲۵۶
أما العبادات الواجبه ----- ۲۵۷
بحث فی تصرفات الصبی مستقلا ----- ۲۵۹
اشاره ----- ۲۵۹
الجهه الاولی- فی جواز تصرفاته فی أمواله مستقلا علی وجه الإطلاق ----- ۲۵۹
الجهه الثانیه- فی جواز تصرفات الصبی فی أمواله مستقلا مع إذن الولی بذلک. ----- ۲۶۲
الجهه الثالثه- فی صحه مباشره الصبی العقود أو الإیقاعات فی أمواله بإذن الولی، أو یکون وکیلا من قبله فی ذلک، و عدم صحتها. ----- ۲۶۲
اشاره ----- ۲۶۲
[فی الاستدلال بالروایات علی عدم جواز ذلک و جوابه] ----- ۲۶۲
اشاره ----- ۲۶۳
الطائفه الأولی: الروایات [۱] الداله علی أن أمر الصبی لا ینفذ ----- ۲۶۳
الطائفه الثانیه: ما دل [۱] علی رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم. ----- ۲۶۵
الطائفه الثالثه: ما دل علی أن عمد الصبی و خطأه واحد، ----- ۲۶۷
بحث فی ذیل روایه أبی البختری ----- ۲۷۲
الجهه الرابعه: فی جواز کونه وکیلا عن غیره فی عقد أو إیقاع ----- ۲۷۴
هل یؤخذ الصبی بإتلافه مال الغیر؟ ----- ۲۷۶
هل ترتفع تعزیرات الصبیان بحدیث الرفع؟ ----- ۲۷۸
ما هو حکم فعل الصبی المعتبر فیه قصد الفاعل؟ ----- ۲۷۸
هل یصح قبض الصبی؟ ----- ۲۷۹
قد وقع الخلاف بین الأصحاب فی نفوذ أمر الصبی فی مواضیع شتی: ----- ۲۸۰
۱- الوصیه. ----- ۲۸۰
هل یتبع قول الصبی فی الاذن بدخول الدار؟ ----- ۲۸۲
هل تنفذ معاملات الصبی فی المحقرات؟ ----- ۲۸۳
هل یصح طلاق الصبی الممیز؟ ----- ۲۸۶
(مسأله و من جمله شرائط المتعاقدین قصدهما لمدلول العقد الذی یتلفظان به). ----- ۲۹۰

اشاره ----- ۲۹۰

هل یعتبر تعیین المالک فی صحه البیع؟ ----- ۲۹۱

اشاره ----- ۲۹۱

أما الجهه الأولی [المعامله بالأعیان الشخصیه] ----- ۲۹۱

أما الجهه الثانیه [المعامله بالأمور الکلیه] ----- ۲۹۲

هل یعتبر فی العقود تعیین من له العقد؟ ----- ۲۹۳

اشاره ----- ۲۹۳

الجهه الاولی: فی أنه إذا کان من له العقد مقصودا للمتعاقدین، و لم یتعین فی مقام العقد للآخر ----- ۲۹۳

الجهه الثانیه: أن یقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد القابل وقوعه لغیره، ----- ۲۹۳

الجهه الثالثه: هل یجوز توجیه الإنشاء إلی المخاطب و قبوله لغیره مع عدم علم الموجب لذلک ----- ۲۹۵

(مسأله و من شرائط المتعاقدین الاختیار). ----- ۲۹۵

اشاره ----- ۲۹۵

هل المکره قاصد الی اللفظ دون المعنی؟ ----- ۲۹۷

ما استدل به علی بطلان بیع المکره ----- ۳۰۱

اشاره ----- ۳۰۱

الوجه الأول: الإجماع. ----- ۳۰۱

الوجه الثانی: قوله تعالی لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۱» ----- ۳۰۱

الوجه الثالث: مما استدل به علی فساد بیع المکره- الروایات «۱» الداله علی حرمه التصرف فی مال غیره الا بطیب نفسه، ----- ۳۰۵

الوجه الرابع: الروایات [۲] الداله علی بطلان طلاق المکره و عتاقه ----- ۳۰۵

الوجه الخامس: ما دل [۲] علی رفع الإکراه فی الشریعه المقدسه. ----- ۳۰۵

بقی هنا أمران یحسن بنا التعرض لهما: ----- ۳۰۸

الأول: أنه قد یتوهم أنه إذا ثبت بطلان بیع المکره من جهه حدیث الرفع ----- ۳۰۸

الثانی: أن حدیث الرفع انما یدل علی بطلان عقد المکره فیما إذا کان المکره (بالکسر) من سنخ البشر. ----- ۳۰۸

هل یعتبر فی الإکراه وجود حامل علی المکره علیه؟ ----- ۳۱۰

هل یعتبر فی تحقق الإکراه الوعید من الآمر؟ ----- ۳۱۲

هل یعتبر فی الإکراه العلم بترتب الضرر علی ترک المکره علیه؟ ----- ۳۱۳

هل یعتبر فی الإکراه عدم إمکان التفصی عن الضرر؟ ----- ۳۱۴
بحث فی الإکراه علی أحد الأمرین العرضیین ----- ۳۲۲
بحث فی الإکراه علی أحد الأمرین الطولیین ----- ۳۲۹
ما هو حکم الإکراه علی ترک احد الواجبین؟ ----- ۳۳۰
ما هو حکم إکراه أحد الشخصین علی فعل واحد؟ ----- ۳۳۳
بحث فی بیان متعلق الإکراه ----- ۳۳۵
بحث فی الإکراه علی بیع عبد من عبدین ----- ۳۳۷
بحث فیما ذکره العلامه فی التحریر ----- ۳۴۰
هل یصح عقد المکره بالرضاء المتأخر؟ ----- ۳۴۴
بحث فی أن الرضاء المتأخر کاشف أو ناقل ----- ۳۵۱
و من شروط المتعاقدین إذن السید لو کان العاقد عبدا فلا یجوز للمملوک أن یوقع عقدا إلا بإذن سیده) ----- ۳۵۴
اشاره ----- ۳۵۴
(فرع لو أمر العبد آمر أن یشتری نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم ----- ۳۶۶
تعریف مرکز ----- ۳۶۸

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۳

اشاره

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه،۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[تتمه کتاب البیع]

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمين، و الصلاه على خير خلقه محمد و آله الطاهرين، و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

و بعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا- مصباح الفقاهه فى المعاملات- الذى كتبته تقريرا لبحث سيدنا الأستاذ الزعيم الدينى الأوحد، و رائد النهضه العلميه الأكبر، طود العلم الشامخ، و علمه الراسخ، آيه اللّه العظمى الحاج السيد أبو القاسم الخويى متع اللّه المسلمين بطول بقائه.

و قد كان للإقبال العظيم الذى حظى به المجلد الأول، و الثانى من هذا الكتاب، و التقدير الذى نوّه به رواد العلم و الفضيله باعث قوى على مواصله العمل، و إجهاد الفكر إلى أن وفقنى اللّه تعالى لابراز هذا المجلد الثالث و تقديمه إلى الجامعه العلميه الكبرى. و أسأل اللّه سبحانه أن يوفقنا لنشر بقيه مجلداته و يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم، و موجبا لرضاه الموصل إلى جنات النعيم، إنه سميع مجيب.

النجف الأشرف محمد على التوحيدى التبريزى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵

[مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

هل يعتبر اللفظ فى العقود؟

قوله: (مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع).

أقول: حاصل كلام المصنف رضوان اللّه عليه: أن اعتبار اللفظ فى البيع، بل فى جميع العقود من الأمور الواضحه- التى لا ريب فيها- و ذلك للإجماع المنقول و الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه فى بعض النصوص «۱».

و لكن المقدار المتيقن من الإجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ، و إذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ، لخرس و نحوه لم يشمله الإجماع، و إن كان قادرا على توكيل غيره.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل- كما قيل- لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل فى المقام، بل الدليل على التعميم إنما

هو فحوى الروایات [۲] الداله علی عدم اعتبار اللفظ فی طلاق

---

[۲] عن أبی نصر البزنطی قال: سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تکون عنده المرأه، ثم یصمت فلا یتکلم، قال: یکون أخرس؟ قلت: نعم فیعلم منه بغض لامرأته و کراهته لها، ا یجوز ان یطلق عنه ولیه؟ قال: لا، و لکن یکتب و یشهد علی ذلک قلت: لا یکتب و لا یسمع کیف یطلقها؟ فقال: بالذی یعرف منه من فعاله مثل ما ذکرت من کراهته و بغضه لها. حسنه بإبراهیم بن هاشم.

و عن یونس فی رجل أخرس کتب فی الأرض بطلاق امرأته؟ قال: إذا فعل ذلک فی قبل الطهر بشهود، و فهم عنه کما یفهم عن مثله، و یرید الطلاق جاز طلاقه علی السنه. مجهوله بإسماعیل بن مرار. ثم الظاهر ان یونس لم یرو هذه الروایه عن الامام (ع) بل ذکر رای نفسه فی جواب السائل. و علیه فلا تکون

---

(۱) المذکوره فی الجزء الثانی ص ۱۵۵.

الأخرس، لأن حملها علی صوره العجز عن التوکیل حمل للمطلق علی الفرد النادر و إذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغیر اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغیره أیضا، و علیه فیحکم بلزوم العقد الصادر منه حتی المعاطاه، ضروره أن العمومات الداله علی لزوم العقد تدل علی لزوم المعاطاه أیضا، لکونها عقدا بالحمل الشائع.

و لکن قام الإجماع علی جوازها ما لم تتحقق احدی الملزمات- التی ذکرناها فی مبحث المعاطاه- و من الواضح أن المتیقن من الإجماع المزبور هو أن یکون المتعاطیان قادرین علی اللفظ. أما مع العجز عن ذلک فلا علم لنا بوجود الإجماع علی جواز المعامله المعاطاتیه.

ثم إن الظاهر هو کفایه الکتابه أیضا

مع العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد من النص- الذى ذكرناه فى الحاشيه- على جوازها فى الطلاق و إذا ثبت ذلك فى الطلاق ثبت فى غيره بالأولويه القطعيه.

أما مع القدره على الإشاره فهل هى تتقدم على الكتابه أم يجوز العكس؟

ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشاره على الكتابه، لصراحه الإشاره فى الإنشاء. و لكن فى بعض الروايات- التى ذكرناها فى الحاشيه- ما يدل على

- الروايه حجه من هذه الناحيه أيضا.

و عن السكونى عن الصادق (ع) قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها ضعيفه بالنوفلى.

و عن ابان بن عثمان قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن طلاق الخرساء؟

قال: يلف قناعها على رأسها و يجذبه. مجهوله بصالح بن السندى. قوله: (ع) يجذبه: يعنى يجذب قناع المرأه لكى يطردها عن نفسه.

فروع الكافى ج ۶ من ط ۲ باب الطلاق ص ۱۲۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷

العكس. انتهى ملخص كلام المصنف (ره).

تحقيق المقام يقع فى نواحى شتى:

الناحيه الاولى: أن الأصل الأولى فى العقود و الإيقاعات هل يقتضى الصحه أم يقتضى الفساد؟

ذهب جمع إلى الأول، و ذهب جمع آخر إلى الثانى و هو الحق، كما عليه المصنف (ره).

و الوجه فى ذلك: أن نتائج العقود و الإيقاعات- من الملكيه و الزوجيه و العتاق و الفراق- أمور حادثه، و مسبوقه بالعدم، كما أن نفس العقود و الإيقاعات كذلك، فإذا شككنا فى تحققها فى الخارج من ناحيه بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه و حينئذ فيحكم بفسادها.

و قد ناقش فى ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصاله البراءه من الشروط التى يشك فى اعتبارها فى تأثير العقود و الإيقاعات. و قال (لا مانع من هذه الأصاله بناء على جريان البراءه فى الأحكام الوضعيه، كما يظهر من استدلال الامام (ع) بحديث الرفع على

فساد طلاق المكره و عناقه، فينفى بأصاله عدم الوجوب وجوب كل خصوصيه شك فيها: بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب. و عدم كونها من أجزاء السبب. و لا يبقى معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل و الانتقال، لأن هذا فى مرتبه السبب و ذاک فى مرتبه المسبب، و الاستصحاب إنما يقدم على أصاله البراءه حيث يكونان فى مرتبه واحده).

و تندفع هذه المناقشه: بأن حديث الرفع و إن كان يشمل الأحكام الوضعيه- كشموله للأحكام التكليفيه- إلا انه لا يعم خصوص الجزئيه و الشرطيه و المانعيه، ضروره أن هذه الأمور الثلاثه أمور غير قابله للوضع، فلا تكون قابله للرفع أيضا إلا برفع منشأ انتزاعها. و عليه فإذا شک فى شرطيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸

شی ء أو جزئيته أو مانعيته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءه.

و بيان ذلک إجمالا: أنا ذكرنا فى بحث الاستصحاب من علم الأصول أن الأحكام الوضعيه على ثلاثه أقسام:

۱- أن يكون مجعولا بنفسه، كالملكيه و الزوجيه و الرقيه و نحوها، فإنها أمور متأصله: أى مجعوله بنفسها، و غير منتزعه من التكاليف الشرعيه بديهه أن انتزاعها من الأحكام التكليفيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا دليل عليه فى مقام الإثبات، إذ النسبه بين الملكيه- مثلا- و بين جواز التصرف، أو عدم جوازه، هى العموم من وجه، لأنه قد توجد الملكيه و لا يترتب عليها جواز التصرف فى المملوک، كالأشخاص المحجورين عن التصرف فى أموالهم لسفه أو فلس أو صغر. و قد يتحقق جواز التصرف و لا توجد الملكيه، كالمباحات الأصليه، فإنها غير مملوكه لأحد، و يجوز التصرف فيها لكل شخص. و كأولياء السفهاء و المجانين و الصغار،

فإنه يجوز لهم التصرف فی أموال هؤلاء المحجورين، و ليسوا بملاک. و قد يجتمعان، و هو کثير، و اذن فلا نعقل وجها صحيحا لانتزاع الملکيه من الحکم التکليفی دائما أضف إلى ذلک: أن المستفاد من الأدله أن الاحکام التکليفيه تترتب على الملکيه و الزوجيه و الرقيه و أمثالها ترتب الحکم على موضوعه. و من الواضح جدا أن مرتبه الموضوع متقدمه على مرتبه الحکم، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الأمر المتأخر.

و مثال ذلک: أن جواز تصرف الإنسان فی ماله مستفاد من قوله (ص) إن الناس مسلطون على أموالهم «۱» و حرمه تصرفه فی مال غيره بدون إذنه

---

(۱) البحار ج ۱ ص ۱۵۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۹

مستفاده من الروايات المستفيضه الداله على ذلک «۱» و من الضروری أن جواز التصرف أو حرمته مترتب على المال المملوک. فلا بد من فرض وجوده قبل الحکم عليه بجواز التصرف و عدمه، بحيث يکون هذا الحکم من آثار المال المملوک، و بديهی أنه لا يمکن الالتزام بانتزاع الملکيه من آثار نفسها و هذا واضح لا ريب فيه.

۲- أن يکون الحکم الوضعی راجعا إلى الحکم نفسه، کالشرطيه و السببيه و المانعيه للوجوب- مثلا- فان الحکم الشرعی إذا لوحظ بالإضافه إلى شی ء فاما أن يکون مطلقا أو مقيدا بوجوده، أو بعدمه.

لا کلام لنا فی فرض الإطلاق.

أما على فرض التقييد فان کان الحکم الشرعی مقيدا بقيد وجودی فيکون القيد معتبرا فی موضوعه. و عندئذ تنتزع منه الشرطيه تاره، و السببيه أخرى لأن مرجعهما إلى شی ء واحد، و إنما الفرق بينهما اصطلاح محض.

و ان کان الحکم الشرعی مقيدا بقيد عدمی- کتقيد وجوب الصلاه بعدم الحيض- فتنتزع منه المانعيه، و إذن فالشرطيه و

السببیه و المانعیه کلها منتزعه من جعل الحکم و لحاظه مقیدا بقید وجودی أو عدمی.

۳- أن یرجع الحکم الوضعی إلی متعلق التکلیف کالشرطیه و الجزئیه و المانعیه للمأمور به، فإنها منتزعه من کیفیه الأمر.

و ذلک لأنه إذا تعلق الأمر بالمرکب من الأشیاء العدیده انتزعت منه الجزئیه.

و إذا تعلق بشی ء مقیدا بوجود شی ء آخر- کالأمر بالصلاه مقیده باستقبال القبله و الستر- انتزعت منه الشرطیه.

---

(۱) قد ذکرنا هذه الروایات فی الجزء الثانی ص ۱۳۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۰

و إذا تعلق بشی ء مقیدا بعدم شی ء آخر- کتقیید الصلاه بعدم استصحاب المصلی أجزاء ما لا یؤکل لحمه فی الصلاه- انتزعت منه المانعیه. و إذن فالجزئیه و الشرطیه و المانعیه للمأمور به منتزعه من کیفیه الأمر.

و إذا عرفت ما تلوناه علیک اتضح لک عدم جریان البراءه فی الشرطیه و السببیه و المانعیه و الجزئیه، لعدم کونها مجعوله بالذات، بل هی مجعوله بتبع منشأ انتزاعها، و علیه فهی غیر قابله للوضع بنفسها. فلا تکون قابله للرفع أیضا. سواء أ قلنا بشمول حدیث الرفع للأحکام الوضعیه، أم لم نقل بذلک نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءه فی مناشئ انتزاعها، ضروره أنها کما تثبت تبعا لثبوت مناشئها، کذلک ترتفع بارتفاع مناشئها. و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

أما استدلال الامام (ع)- فی بعض الروایات [۱]- بحدیث الرفع علی فساد طلاق المکره و عتاقه، فهو بعید عما نحن فیه بداهه أن صحه العقود و الإیقاعات بنفسها قابله للوضع، فتکون قابله للرفع أیضا بحدیث الرفع، و من هنا یحکم بفسادها إذا صدرت کرها. و اذن فلا وجه لقیاس الصحه و الفساد بالجزئیه و الشرطیه و المانعیه.

و علی الجمله إذا کانت الجزئیه أو الشرطیه أو

السببيه من الأمور الانتزاعيه فهى غير قابله للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها، و عليه فإذا شك فى شرطيه

---

[١] عن البزنطى عن أبى الحسن (ع) قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق، و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك؟ فقال: لا قال رسول اللّه (ص): وضع عن أمتى ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا، و ما أخطئوا. صحيحه.

البحار ج ٢٣ باب الطلاق ص ١٢٨. و الوسائل باب ١٢ من أبواب الايمان.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١

شى ء للمأمور به كان ذلك بعينه شكا فى تعلق الأمر بالمقيد به، فيدفع بأصاله البراءه. و أما الأقل:- أعنى به الطبيعى الجامع بين المطلق و المقيد فهو مأمور به قطعا.

أما إذا شك فى شرطيه شى ء لصحه عقد أو إيقاع انعكس الأمر، لأن ترتب الأثر- كالملكيه، أو براءه الذمه- على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم و ترتبه على الفاقد مجهول. فيدفع بالأصل، و هذا هو الفارق بين الشك فى شرطيه شى ء للمأمور به، و بين الشك فى شرطيته للعقد أو الإيقاع

هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك فى العقود

الناحيه الثانيه: أنه لا شبهه فى أن مقتضى العمومات و المطلقات هو صحه العقود و الإيقاعات.

اشاره

و لكن إذا شك فى اعتبار قيد فى تلك المعاملات- كاللفظ مثلا- فهل يصح التمسك بالعمومات المذكوره لنفى ذلك القيد أم لا الظاهر هو الأول: بديهه أن القاعده الأوليه تقتضى صحه الإنشاء بكل ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى، سواء فيه الفعل و اللفظ، و لكن المغروس فى كلمات الأصحاب، و المودع فى كتبهم هو قيام الإجماع على اعتبار اللفظ فى العقود و الإيقاعات. و قد ذكرنا مرارا: أن الإجماع دليل لبى فلا بد و أن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. و من البديهى أن

القـدر المسـلم من الإجماع- على تقـدير تحققه هنا- إنما هو فرض تمكن المتعاقـدين من الإنشاء اللفظى و مع عـدم التمكن من ذلـك يرجع إلى القاعـده الأولیه، و يحكم بعـدم اعتبـار اللفـظ فى العقود و الإيقاعـات. إلا مع قيام الـدليل الخاص على الاعتبار المزبور، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ فى عقد الزواج، و على اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الطلاق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۲

و على هذا الضوء فإذا شككنا فى صحه عقد الأخرس المنشأ بالإشاره مع تمكنه من التوكيل، أو شككنا فى صحه عقده المنشأ بالكتابه مع تمكنه من الإشاره- بناء على تقديمها على الكتابه- رجعنا الى العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أن مقتضى القاعده هو الحكم بلزوم معاطاه الأخرس- من حين العقد- حتى على القول بأنها تفيد الإباحه مع التمكن من اللفظ، و أنها لا تفيد الملكيه. و ذلك لعدم العلم بشمول الإجماع- الذى توهم قيامه على جواز المعاطاه، أو إفادتها الإباحه- لصوره عدم التمكن من اللفظ و هذا هو السر فى تعرض المصنف لمسأله المعاطاه هنا فى طى كلامه، مع أنه قضى أمرها قريبا. و هذا نصه فى المقام: (ثم لو قلنا بأن الأصل فى المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها للملكيه فالقدر المخرج صوره قدره المتبايعين على مباشره اللفظ). و اذن فلا نحتاج فى إثبات صحه عقد الأخرس إلى التمسك بفحوى الروايات الوارده فى طلاقه- ذكرناها قريبا فى الحاشيه- و لا الى التمسك بفحوى الروايه الوارده فى قراءته [۱] نعم تلك الروايات مؤكده للقاعده الأوليه.

و على الإجمال: ان مقتضى القاعده الأولويه، و فحوى الروايات الخاصه الوارده فى طلاق الأخرس و قراءته، هو كفايه

إشارته فى مقام الإنشاء، ما لم يـدل دليل خاص على خلاف ذلك. من غير فارق بين أقسام الإشاره و كيفياتها. و لا بين ما يكون معتادا للاخرسين، أو للأشخاص

---

[۱] عن السكونى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: تلبيه الأخرس و تشهده، و قراءته القرآن فى الصلاه تحريك لسانه و إشارته بإصبعه. ضعيفه بالنوفلى.

الوسائل باب ۵۹ من أبواب القراءه فى الصلاه.

الآخرين، و بين ما لم يكن كذلك.

بـل الضابطه الكليه فى ذلك: أن تكون الإشاره مفهمه للمراد بالنسبه إلى نوع المخاطبين و الحاضرين. و لو كان الانفهام بمئونه القرائن كمـا هو الشأن فى الإنشـاء اللفظى، بـداهه أن الأفعـال و الأقوال سـيان فى حجيه ظواهرها من ناحيه بناء العقلاء و من هنا اتضح لك جليا: أن إنشاء الأخرس بالإشاره محكوم بالصحه، و إن لم يفد القطع بالمراد.

إشاره الأخرس و حكمها

قـد ذكرنـا فى الجزء الثـانى: أن البيع عبـاره عن الاعتبـار النفسـانى المبرز بمبرز خـارجى و عليه فـابراز الاعتبـار النفسانى بالإشاره المفهمه للمراد مصـداق لمفهوم البيع بالحمـل الشـائع، فيكون مشـمولا للعمومـات، و عندئـذ لاـ يلزم على الأـخرس أن يستحضـر الصـيغه اللفظيه فى ذهنه، لكى تكون إشارته إليها أولا، و إلى مدلولها ثانيا حتى يكون إبراز ما فى النفس بتلك الصيغه الحاضره فى الـذهن. كما لا يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهـج الـذى يحركه عنـد التكلم بالصـيغه، نعم يعتبر أحـد الأمرين فى القراءه الصلاتيه، إذ المطلوب هناك قراءه نفس الألفاظ، لا إبراز مداليلها.

و أيضـا قـد ذكرنـا فى الجزء الثانى- عنـد البحث عن أصاله اللزوم فى العقود-: أن العقـد اما بمعنى العهـد المطلق كما فى بعض الروايات [۱] أو بمعنى العهد المشدد، و على كل تقدير

فالمعامله المعاطاتيه من مصاديق العقود و عليه

---

[۱] عن على بن إبراهيم فى تفسيره قال: حدثنى أبى عن النضر بن سويد عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (ع) قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، قال: بالعهود.

حسنه بإبراهيم بن هاشم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۴

فلا وجه لما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين من بيان مقدمه لاستيضاح كفايه الإشاره من الأخرس، و إليك نصه: (أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد و عهد غير مؤكد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه، فالإشاره المفهمه الرافعه للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق الى الفعل نوعا عهد مؤكد من القادر).

ثم إذا قلنا بجواز مباشره الأخرس للعقود و الإيقاعات، و لم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ فى ذلك لكى نحكم بوجوب التوكيل عليه، فهل له أن يتصدى لذلك مخيرا فى إبراز ما فى نفسه- من الاعتبار- بين الإشاره، و بين الكتابه أم يجب عليه تقديم الأول على الثانى.

ذكر بعضهم: أن الإشاره تتقدم على غيرها، لكونها أصرح، و ذهب آخر إلى أن الكتابه تتقدم على غيرها، لكونها أضبط. و لكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانيه فلا يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الحكم الشرعى إذ لو سلمنا أصرحيه الإشاره أو اضبطيه الكتابه، الا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر.

و يضاف إلى ذلك: أنه لو كانت أضبطيه الكتابه موجبه لتقديمها على الإشاره لكانت موجبه لتقديمها على اللفظ أيضا. و لم يلتزم الفقهاء بذلك. و إذن فمقتضى القاعده هو الاكتفاء فى الإنشاء بكل ما يصلح لابراز ما فى النفس من الاعتبار، و إظهاره بمبرز خارجى- و إن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر

أو أضبط- إلا- إذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات «۱» الوارده فى طلاق الأخرس، فإن الظاهر من ذلك أن الكتابه تتقدم على الإشاره.

---

(۱) كحسنه البزنطى المتقدمه فى ص ۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۵

بحث فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها

الناحيه الثالثه: فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها- التى ينشأ بها العقد-

اشاره

و تحقيق هذه الناحيه يقع فى ضمن جهات:

الجهه الأولى فى ماده الصيغه.

اشاره

و قد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان اللّه عليهم، و تشتت فيها أقوالهم، و هى كما يلى:

۱- الاقتصار فى ماده الصيغه على المقدار المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود و الإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكه.

۲- الاقتصار فيها على الألفاظ المنقوله عن الشارع المقدس و الظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول، فإن هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الإيقاع.

۳- الاقتصار فيها على الألفاظ التى تعنونت بها عناوين العقود و الإيقاعات و أسماء المعاملات. و عليه فيجب إنشاء البيع بصيغه بعت، و إنشاء النكاح بصيغه أنكحت و إنشاء الإجاره بلفظه آجرت. و إنشاء المصالحه بكلمه صالحت و إنشاء الطلاق بجمله هى طالق، و هكذا فى سائر العقود و الإيقاعات، و إذن فلا ينعقد أى عقد أو إيقاع بغير ما عنون به هذا العقد.

۴- الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقيه، و عليه فلا ينعقد شى ء من العقود و الإيقاعات بشى ء من الألفاظ الكنائيه و المجازيه.

۵- أن يفرق فى الألفاظ المجازيه بينما يكون مقرونا بالقرائن اللفظيه فيحكم بجواز إنشاء العقد به، و بين ما لا يكون كذلك، فيحكم بعدم جواز الإنشاء به.

۶- جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحا فى إنشاء العقد، أو ظاهرا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶

فيه و لو كان ذلك بمئونه القرائن الحاليه أو المقاليه.

ثم انه ذكر المصنف: أن المشهور بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكنائيه. و لكنه لم يأت بشى ء يطمئن به القلب و تركن اليه النفس. نعم نقل فى ذلك جمله من كلمات الأصحاب.

و لكن هذه الكلمات مبنيه على اجتهاداتهم و آرائهم. و من البين الذى لا ريب

فیه أن رأی فقیه لا یکون حجه علی فقیه آخر. و عندئذ لا بد من ملاحظه دلیل المسأله، فإن کان هناک ما یدل علی اعتبار لفظ خاص فی الإنشاء أخذ به، و إلا فمقتضی القاعده هو انعقاد جمیع العقود و الإیقاعات بکل ما یصلح للإنشاء، و إبراز الاعتبار النفسانی، سواء فیه الفعل و القول، و سواء فی القول الحقیقه و المجاز، و الصریح و غیره، و سواء فی المجاز کون القرینه لفظیه و غیر لفظیه.

و الوجه فی ذلک کله: أنه لم یرد دلیل علی اعتبار مظهر خاص و مبرز معین فی إنشاء العقود و الإیقاعات إلا الإجماع علی اعتبار اللفظ فی صحه العقود أو لزومها، و القدر المتیقن منه- علی تقدیر قبوله- انما هو مطلق اللفظ. أما اللفظ الخاص فلا إجماع علی اعتباره جزما.

و یضاف الی ذلک: أن الإجماع المنقول لیس بحجه، لعدم کونه مشمولا لأدله حجیه الخبر. أما الإجماع المحصل فهو غیر حاصل جزما، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بین المجمعین. و قد تقدم تفصیل ذلک عند البحث عن المعاطاه. و حینئذ فلا بأس بإنشاء العقود و الإیقاعات بأی مبرز من المبرزات لأنها مشموله للعمومات و المطلقات الداله علی صحه البیع و غیره من العقود المملکه و لو کان إنشاء الملکیه بلفظ مجازی. و هذا واضح لا ریب فیه.

و توضیح المقام: أن اللفظ الذی ینشأ به العقد قد یکون صریحا فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۷

مدلوله، و موافقا لما قصده المنشئ من دون أن یتطرق الیه احتمال آخر و هذا مما لا شبهه فی صحه الإنشاء به.

و قد یکون ظاهرا فی مدلوله بحسب الإطلاق مع احتمال أن یراد منه معنی آخر. و

هـذا كإنشـاء الزوجيه بلفـظ يحتمـل الـدوام و الانقطاع فإنه لا فارق بينهما إلا بـذكر الأجل و عـدمه، فإذا أهمله العاقـد- فى مقام الإنشاء- اقتضى إطلاقه اراده الزوجيه الدائمه.

و قـد يكون ذلـك من الألفـاظ الكنائيه أو المجازيه: و المراد من الكنايه هو اسـتعمال اللفظ فى الملزوم للانتقال منه الى لازمه و حينئـذ فيراد منه الملزوم بالإراده الاسـتعماليه، كما أنه يراد منه اللازم بالإراده الجديه. أو أن المراد من الكنايه هو اسـتعمال اللفظ فى اللازم للانتقال منه الى ملزومه، و عليه فيراد منه اللازم بالإراده الاسـتعماليه، كما أنه يراد منه الملزوم بالإراده الجـديه. و على كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ فى معناه الحقيقى:- أعنى به الملزوم أو اللازم- و لكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر.

و على هـذا الضوء فمثـل زيـد كثير الرمـاد أو طويـل النجـاد أو مهزول الفصـيل انما اسـتعمل فى معناه الحقيقى و لكن قصـد منه المتكلم سـخاء زيـد، أو شـجاعته من غير أن يكون اسـتعمال اللفظ فيه مجازا و هـذا واضح كما حقق فى محله و إذا عرفت معنى الكنـايه و المجـاز فـاعلم: أنه إن كـانت الألفـاظ الكنـائيه أو المجازيه ظاهره فى إفاده المطلوب ظهورا عرفيا فلا شـبهه فى صـحه الإنشـاء بهما مطلقا: أى سواء أ كان اللازم و الملزوم- فى الكنايه- متساويين أم لا و سواء أ كان المجاز قريبا أم لا. و إن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفى فى إفاده المقصود، و إبراز الاعتبار النفسانى، و لم ينطبق عليها شى ء من عناوين العقود عرفا فلا يصح بها الإنشاء أصلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۸

و من هنا تجلى لك: أنه لا وجه للفرق بين المجاز القريب و المجاز البعيد بأن يلتزم

بصحه الإنشاء بالأول، و بفساده بالثانى. كما أنه لا وجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحه الإنشاء بالألفاظ المجازيه إذا كانت محفوفه بالقرينه اللفظيه. و بعدم الصحه إذا كانت محفوفه بالقرينه غير اللفظيه.

بل العجب منه (ره) فإنه بعد ما فسر اعتبار الحقائق فى العقود باعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه. و إن كان الدال على الإنشاء من الألفاظ المجازيه.

قال: (و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنه حال، أو سبق مقال خارج عن العقد، فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين- و إن كان من المجازات القريبه جدا- رجوع عما بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاه، و لو مع سبق مقال، أو اقتران حال تدل على إراده البيع جزما).

و وجه العجب: أن احتفاف اللفظ بالقرينه غير اللفظيه لا يخرج دلالته على معناه عن الدلاله اللفظيه، بديهه أن الدلاله اللفظيه عباره عن انفهام المعنى من اللفظ، سواء أ كانت حيثيه الدلاله مكتسبه من القرائن- لفظيه كانت أو غيرها- أم كان اللفظ بنفسه دالا على المقصود فإنه على كلا التقديرين تنسب الدلاله إلى اللفظ، فتكون الدلاله لفظيه.

و ليس فى الالتزام بصحه ذلك أيه منافاه لما بنى عليه من اعتبار اللفظ فى صحه العقد، أو فى لزومه. و كيف يقاس ذلك بما إذا كان الإنشاء بغير اللفظ، و كانت القرينه الداله على إراده البيع منه هى اللفظ.

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف (ره) من العباره المزبوره: أن الفقهاء رضوان اللّه عليهم قد تسالموا على بطلان الإنشاء بلفظ لا يكون ظاهرا فى المعنى الذى قصده المنشئ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط و لكن المنشئ يفهم مراده بالقرائن الحاليه أو المقاليه فإن مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفى، فلا يصدق على المشاء بذلك عنوان العقد، لكى يكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و ذلك كإنشاء الزوجيه بمثل ملكت، و آجرت، و كإنشاء التمليك بمثل زوجت، و أبحت، و أشباه ذلك، و هذا المعنى و إن كان صحيحا فى نفسه، إلا أنه بعيد عن سياق عباره المصنف.

ثم إن الأعجب من ذلك: أنه (ره) قد منع عن جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركه مع احتفافها بالقرائن الحاليه، كإنشاء البيع بالتمليك المشترك بينه و بين الهبه، مع أنه ليس بمجمل، و لا مجاز، و لا كنايه، بديهه أن الظهور العرفى قد تم فيه من جميع الجهات.

و على الإجمال: أن الميزان الكلى فى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الإيقاع على المعنى المبرز بأى مبرز، و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره، فضلا عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغه فى العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق.

نعم قد ادعى الإجماع [١] على اعتبار اللفظ فى النكاح و أوجب هذا الإجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول و الفعل، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ. كما أن جمله من

---

[١] عن الحدائق: أجمع العلماء من الخاصه و العامه على توقف النكاح على الإيجاب و القبول اللفظيين.

و قال المصنف فى كتاب النكاح: اجمع علماء الإسلام- كما صرح به غير واحد- على اعتبار أصل الصيغه فى عقد النكاح، و ان النكاح لا يباح بالإباحه، و لا بالمعاطاه، و بذلك يمتاز النكاح عن

السفاح، لأن فيه التراضى أيضا غالبا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰

الروايات «۱» قد دلت على اعتبار لفظ خاص فى الطلاق.

بحث فى ألفاظ الإيجاب و فى الإنشاء ببعت

قوله: (إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول: منها لفظ بعت فى الإيجاب).

أقول: لا شبهه فى أن لفظ بعت و إن كان من الأضداد بالنسبه إلى البيع و الشراء، و أنه مشترك لفظى بينهما- كما صرح به أهل اللغه كافه- إلا أن كثره استعماله فى البيع فقط توجب انصرافه اليه عند الإطلاق، بلا احتياج فى ذلك إلى القرائن الحاليه أو المقاليه، و عندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بعت.

و ذكر السيد فى حاشيته ما هذا لفظه: (يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوى بين البيع و الشراء. فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من التصريح كما فى البيع، أو الضمنى كما فى الشراء).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه آنفا من أن لفظ بعت من الأضداد، و أنه مشترك لفظى، و ليس بمشترك معنوى.

أضف اليه: أن التمليك الضمنى خارج عن حدود البيع، و قد عرفته فى البحث عن تعريف البيع.

هل يجوز إنشاء البيع بشريت

قوله: (و منها لفظ شريت).

أقول لا ريب فى جواز إنشاء البيع بلفظ شريت، لتصريح أهل اللغه [۲] بأنه موضوع للبيع تاره، و للشراء اخرى، فيكون من الأضداد. بل قيل: ان لفظ الشراء لم يستعمل فى

---

[۲] فى القاموس و غيره. شراه و يشريه: ملكه بالبيع و باعه كاشتراه و هما ضدان.

---

(۱) المرويه فى الوافى ج ۱۲ باب ۱۶۱. ص ۱۵۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱

القرآن الكريم، إلا فى البيع، و هو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعه تامه.

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش فی جواز الإنشاء بلفظ شریت، و قال:

(ربما یستشکل فیه بقله استعماله عرفا فی البیع، و کونه محتاجا إلی القرینه المعینه، و عدم نقل الإیجاب به فی الأخبار، و کلام القدماء

و لا يخلو عن وجه).

و تندفع هذه المناقشه بأنا لم نفهم معنى محصلا لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل فى القرآن المجيد إلا فى البيع، لأنا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفيه على خلاف الاستعمالات القرآنيه.

و لو سلمنا ذلک و لكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفيه على الاستعمالات القرآنيه. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل يجوز إنشاء البيع بملكت

قوله: (و منها لفظ ملكت بالتشديد).

أقول: لا ريب فى صحه وقوع البيع بكلمه ملكت مشدده، بل استظهر المصنف من نكت الإرشاد الاتفاق على ذلک، بل الظاهر أن مفهوم التمليک بالعوض يتحد مع مفهوم البيع، و إنما الفرق بينهما بالبساطه و التركيب، و بالإجمال و التفصيل، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبديل مال بمال، و لفظه التمليک بالعوض تدل مركبه على ذلک.

كما أن لفظ الإنسان يدل على الجنس و الفصل دلاله إجماليه، و لفظى الحيوان و الناطق يدلان عليهما دلاله تفصيليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۲

و على هذا الضوء فقول المنشئ بعت هذا بهذا تصريح بمصداق العوض- الذى كان مكنونا فى لفظ بعت- لا أنه قيد زائد مذكور فى الصيغه.

و قد يتوهم أن لفظ التمليک مشترک معنوى بين البيع و الهبه، و من الواضح أنه لا يصح الإنشاء بالألفاظ المشتركه معنى.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أن التمليک المطلق و إن كان جامعا بينهما، الا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراک، و يخصه بالبيع فقط، لأن حقيقه الهبه متقومه بالتمليک المجانى، و انما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط. و من الضرورى أنه لم يدل دليل على بطلان إنشاء البيع بالألفاظ المشتركه معنى، مع قيام القرينه على التعيين.

و من هنا قيل: إن إيجاب البيع بكلمه ملكت بالعوض أصرح

من إيجابه بكلمه بعت، ضروره أن البيع موضوع للنقل بالعوض، و حينئذ ففى مقام الإنشاء بلفظ بعت لا بد من تجريده من العوض لكى لا يكون ذكر العوض تكرارا، أو يتكلف بجعله تفصيلا لما أجمل فى مفهوم البيع.

و على هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين، و حاصل كلامه:

أن التمليك له حصص كثيره:

١- تمليك عين بعوض. و يسمى هذا بيعا.

٢- تمليك منفعه بعوض. و يسمى هذا اجاره.

٣- التمليك المجانى. و يسمى هذا هبه.

و من البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصه من طبيعى التمليك الذى يتحصص بتعلقه بالعين بمقابله شى ء لا أنه موضوع لمجموع التمليك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذا فى مفهوم البيع. انتهى ملخص كلامه.

ثم قال المصنف نصا:

(قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣

تعريف بمفهومه الحقيقى، فلو أراد منه الهبه المعوضه، أو قصد المصالحه بنى صحه العقد به على صحه عقد بلفظ غيره مع النيه. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين- فى شرح الإرشاد-: ان معنى بعت فى لغه العرب ملكت غيرى)

و ناقش فيه السيد، و إليك نصه: (لا فرق بين الهبه المجانيه و المعوضه فى كونهما من التمليك حقيقه، و انما الفرق ذكر العوض و عدمه، فدعوى أن استعماله فى خصوص الهبه المعوضه مبنى على صحه عقد بلفظ غيره، كما ترى. نعم فى المصالحه يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلاله لفظ ملكت على معنى المسالمه المعتبره فى حقيقه الصلح فتدبر).

و لكن الظاهر: أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده- من كلامه المتقدم-: أن مفهوم التمليك بالعوض يساوق مفهوم البيع و عليه فإذا أنشئت به الهبه- التى هى متقومه بالتمليك

المجانی- توقفت صحتها علی جواز إنشاء العقود بغیر ألفاظ عناوینها، و کذلک الکلام فی إنشاء البیع بصیغه و هبت و الذی یدل علی أن مراد المصنف هو ما ذکرناه: ما ذکره قبل عبارته المتقدمه، و هذا نصه:

(و ما قیل من أن التملیک یستعمل فی الهبه بحیث لا یتبادر عند الإطلاق غیرها. فیه: أن الهبه انما یفهم من تجرید اللفظ عن العوض، لا من ماده التملیک، فهی مشترکه معنی بین ما یتضمن المقابله، و بین المجرد عنها، فان اتصل بالکلام ذکر العوض أفاد المجموع المرکب بمقتضی الوضع الترکیبی البیع، و ان تجرد عن ذکر العوض اقتضی تجریده الملکیه المجانیه).

ثم ساق العباره المتقدمه.

و علی هذا فشأن إنشاء الهبه بصیغه ملکت بالعوض شأن إنشاء العقود المعاوضیه بل غیرها بصیغه سالمت، أو صالحت، و بالعکس، لأن مفهوم الصلح و إن کان یتفق مع العقود المعاوضیه و غیرها، الا أن صدق مفهوم الصلح علیها

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۴

من قبیل صدق الکلی علی مصادیقه.

و من المعلوم أنه لا یمکن إنشاء مفهوم الصلح:- أعنی به التسالم علی أمر- إلا بلفظ سالمت، أو صالحت، لا بلفظ البیع، و لا التملیک، و لا الشراء، و لا شبهها، بدیهه أن المنشأ بهذه الألفاظ لیس عنوان المصالحه و المسالمه.

نعم توجد حقیقه المسالمه و مصداقها عند تحقق أی عقد من العقود، کما أن عناوین سائر العقود لا تنشأ إلا بألفاظها، لا بألفاظ أخری، الا علی القول بجواز إنشاء العقود بغیر ألفاظ عناوینها.

هل یجوز إنشاء البیع باشتریت

قوله: (و أما الإیجاب باشتریت).

أقول: فی مفتاح الکرامه (أنه قد یقال: انه یصح الإیجاب باشتریت. کما هو موجود فی بعض نسخ التذکره).

و قد استظهره المصنف من عباره کل من عطف علی بعت

و ملكت لفظ شبههما، أو لفظ ما يقوم مقامهما، بدعوى أن المعطوف يعم شريت و اشتريت كليهما، بديهه أن إراده خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جدا، كما أن اراده ما يقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربيه أبعد.

قوله: (لكن الاشكال المتقدم فى شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف اشتريت)

. أقول: قد نوقش فى هذا الكلام بأن كثيرا من المفسرين قد صرحوا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵

باستعمال لفظ الاشتراء فى البيع فى قوله (تعالى) بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ «۱».

بدعوى: أن البيع و الشراء إزاله الملك إلى غيره بعوض يعتاضه منه، ثم استعمل ذلك فى كل معتاض من عمله عوضا. سواء أ كان ذلك العوض خيرا. أم كان شرا.

و عليه فاليهود لما أو بقوا أنفسهم و أهلكوها بكفرهم بمحمد (ص) سجل اللّه تعالى عليهم الذم و التوبيخ، و قال بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ:

أى بئس شيئا باعوا به أنفسهم، و رضوا به عوضا عن أنفسهم، حيث ألقوها فى المهلكه الأبديه، و العذاب الدائم.

و تندفع هذه المناقشه: بأن الإزراء و التوبيخ- فى الآيه الكريمه- ليس على كل واحد من اليهود، مع قطع النظر عن غيره، لكى يتوهم:

أنه لا معنى لنسبه الاشتراء إليهم إلا بإراده البيع، و أن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر و الزندقه و الإلحاد.

بل الإزراء و التوبيخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معامله بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بثمن بخس، فصار كل واحد منهم بائعا من جهه، و مشتريا من جهه أخرى. و حين ذاك فلا دلاله فى

الآيه الكريمه على إراده البيع من الاشتراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف.

و توضيح ذلك إجمالا: أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصريح، و أكل الحرام، و تغيير الأحكام و تحريفها عن وجهها بآرائهم المرجفه، و أهوائهم الفاسده، و أفكارهم المضله.

و عرفوهم بالأقوال الكاذبه، و الأعمال الخبيثه، و البضاعه الزهيده

---

(١) سوره البقره ٢، الآيه: ٩٠.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦

و عرفوهم بالتعصب الشديد، و التغالب و التكالب على حطام الدنيا و زخرفها، و بالجرأه على هتك حرمات اللّه و عرفوهم بغير ذلك من الصفات الخبيثه، و الأخلاق الرذيله.

و مع ذلك فوضوا إليهم دينهم، و أخذوا منهم أحكامهم و نبذوا الحق وراء ظهورهم. و ليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحابب و التوادد، و التمشى معهم حسب ميولهم و أهوائهم، و الزلفه إليهم و إلى شياطينهم.

أما علماؤهم فقد تجلى لهم الحق، و اتضحت لهم بنوه محمد (ص)، و مع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم و الإكرام، و حفظ كيانهم و زعامتهم، و رئاستهم، فعاندوا الحق، و جحدوه.

و إذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء، و أنفقوا عليها من دينهم و أنفسهم و أموالهم، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفه، و وضعت فيها الأراجيف التى شوهت وجه التاريخ، ففى هذه السوق السوداء قد اشترى عوامهم أنفس علمائهم بثمن بخس. و اشترى علماؤهم أنفس عوامهم بعوض زهيد. و إذن فلفظ (اشتروا) لم يستعمل- فى الآيه الكريمه- إلا فى معنى الابتياع فقط.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن الاشتراء من الافعال، و من الواضح أن باب الافتعال انما

هو للقبول و المطاوعه، و عليه فلا يناسب استعماله فى الإيجاب، بل يختص استعماله بالقبول فقط. أما أخذه بمعنى شريت كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف و محادثاتهم.

و يرد عليه: أن الاشتراء و ان كان من الافتعال، و قد أخذ فيه

مفهوم المطاوعه. و لكن هذه المطاوعه ليست مطاوعه لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعه الذات للمبدء. سواء أ كان المبدء صادرا من نفس الذات- كالاتجار و الاكتساب و الاحتطاب- أم كان صادرا من شخص آخر كالابتياع و الاتهاب و أشباه ذلك.

و على هذا فلفظ اشتريت ان ذكر فى الإيجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه، و يدل على تمليك البائع ماله لغيره بعوض معلوم. و ان ذكر فى القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره، و يدل على تملك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقا للقبول الحقيقى.

و عليه فإيجاب البيع بلفظ اشتريت مناسب لمفهومه اللغوى لاستعماله فيه لغه [١] بلا- احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد، كما توهم.

و دعوى: أنه لا- يجوز إنشاء الإيجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافيه، لأن مجرد عدم تعارف الإنشاء به لا يمنع عن ذلك، بعد صحه استعماله فى البيع لغه.

ثم إنه إذا جاز الإنشاء بلفظ اشتريت فما هو المائز بين استعماله فى الإيجاب و بين استعماله فى القبول.

قال المصنف:

(ان دفع الإشكال فى تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدال على كونه إيجابا إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إما لغلبه ذلك غير صحيح، لأن الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه فى تعيين المراد من

ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه سابقا من صحه الإنشاء بكل ما يصح أن

---

[۱] فی القاموس: کل من ترک شیئا و تمسک بغیره فقد اشتراه. و منه اشتروا الضلاله بالهدی.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸

ان يكون مبرزا لما فی النفس من الاعتبار و ان كانت مبرزيته بما يقترن به من القرائن الحاليه أو المقاليه.

نعم ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ الصريح فی صحه الإنشاء و لكن المتيقن منه- على تقدير تسليمه- إنما هو اعتبار الصراحه فی اللفظ لأجل دلالته على تعين عقد خاص، و تميزه عما عداه من العقود، لا من حيث تميز إيجاب كل عقد عن قبوله.

ما هی ألفاظ القبول؟

قوله: (و أما القبول إلخ).

أقول: لا شبهه فی جواز القبول بلفظ قبلت و رضيت و تملكت و ملكت مخففا و اشتريت و ابتعت و شريت و لا يضر الاشتراك اللفظی فی بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينه المقاليه أو الحاليه على تعيين المراد. و هذا واضح لا خفاء فيه. و أما أمضيت و أنفذت و أجزت فذكر المصنف فيها وجهين و لم يرجح أحدهما.

و ذكر شيخنا المحقق: أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبنی على جواز العقد بالكنايات بدعوى: (أن عنوان الإمضاء و الإجازه و الإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضی و جواز و نفوذ. و ما يترقب منه ذلک هو السبب التام، و هو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير فی الملكيه بالإيجاب و القبول معا، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت و أجزت و أنفذت إلا فی مثل العقد الفضولی، لا بالإضافه إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكنايه).

و يرد عليه: أن المعامله الفضوليه و الإيجاب الساذج سيان فی عدم تأثيرهما فی

المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء و الإجازه و الإنفاذ، ففعليه التأثير فيهما تتوقف على تحقق الإجازه و القبول فكما لا مانع من تتميم العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹

الفضولی و إضافته إلی نفسه بالألفاظ المذکوره کذلک لا مانع من قبول الإیجاب بها. و علیه فیکون مضی العقد و نفوذه بنفس أمضیت و أنفذت و أجزت فی کلا المقامین. غایه الأمر أن دلالتها علی الرضاء بالعقد الفضولی و بالإیجاب کلیهما بالالتزام، لأن لازم إمضاء العقد أو الإیجاب، و إنفاذه و إجازته هو الرضاء به و هذا لا محذور فیه مع قیام القرینه علیه.

قوله: (أما بعت فلم ینقل إلا من الجامع (لابن سعید)).

أقول المحکی عن جماعه من أهل اللغه هو اشتراک لفظ بعت بین البیع و الشراء، و من هنا ذکر فی المصباح: أن البیع فی الأصل مبادله مال بمال، و علیه فلا محذور فی استعماله فی القبول، غایه الأمر: أنه یتمیز بینهما بالقرائن الحالیه أو المقالیه، کما أن الأمر کذلک فی اشتریت، و شریت.

و لو سلمنا اختصاصه بالإیجاب- و لو بالوضع التعینی لکثره استعماله فیه- لکان استعماله فی القبول مجازا، و من الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازیه فی القبول، کما لا مانع عن استعمالها فی الإیجاب.

نعم إذا کان الاستعمال علی نحو یعد فی نظر أهل العرف من الأغلاط- و ان کان صحیحا بحسب القواعد العربیه- لم یجز استعماله فی مقام الإنشاء سواء فیه الإیجاب و القبول. و قد تقدمت الإشاره الی جمیع ذلک فیما سبق.

و مع الإغضاء عن ذلک: أنه لم یرد فی آیه، و لا فی روایه، و لم یذکر فی معقد إجماع لزوم توقف العقد علی القبول، لکی

يباحث فى كيفيه ذلك، بل المتحصل من كلمات أهل اللغه. و المتفاهم من محاورات أهل العرف و محادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد و لا التجاره عن تراض إلا بين شخصين، من غير نظر إلى اعتبار خصوصيه خاصه فى الصيغه و المبرز.

و عليه فلو أوجد المتعاملان معامله فى الخارج بصيغه بعت- بأن تكلم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰

كل منهما بهذه الصيغه فى مقام الإنشاء- كان ذلك مشمولا لما دل على صحه العقود، و نفوذها من العمومات و المطلقات، إذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد، و عنوان التجاره عن تراض بالحمل الشائع، فيحكم بصحته و لزومه و قد ذكرنا فى مبحث المعاطاه أنه إذا وقعت معامله فى الخارج، و لم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضه مستقله صحيحه، لآيه التجاره عن تراض «۱» و إن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و على الجمله: إن الحجر الأساسى، و الركن الرصين- فى تحقق عناوين العقود و الإيقاعات، و ترتب الآثار عليها فى الخارج- إنما هو اعتبارها فى صقع النفس، و إظهارها بمظهر خارجى، و لا شبهه فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الإيقاع بالحمل الشائع. فيكون مشمولا لما دل على صحه العقود و لزومها. و بعد هذا لا يهمنا البحث عن الصغريات. فأما الزبد فيذهب جفاء. و أما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض.

الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعا، و إليك نصه بلفظه:

(لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركه بين الإيجاب و القبول، ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل- إما بناء على جواز تقديم القبول، و إما من جهه اختلافهما فى المتقدم فلا

يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصه بكل من البيع و الشراء على واحد منهما).

و يرد عليه: أنه لا ـ وجه لاحتمال التحالف فى المقام، ضروره أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع و عنوان المشترى

---

(۱) سوره النساء ۴ الآيه: ۳۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۱

أثر خاص، و حكم مخصوص. و من البديهى أنه لا يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا ـ العنوانين - كخيار المجلس - و إما يترتب على عنوان المشترى فقط - كخيار الحيوان - فإنه - على المشهور - مختص بالمشترى.

و عندئذ يقع النزاع فى ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشتريا، و عليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط. نعم قد يترتب بعض الآثار النادره على خصوص عنوان البائع، و لكن لا يصح معه القول بالتحالف و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قيل: إنه ثبت فى محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من من مال بائعه، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا الحكم الاتفاقى أثر ظاهر لعنوان البائع.

و الجواب عن ذلك: أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع، كذلك يترتب على عنوان المشترى أيضا. فيحكم بكون ضمان المثمن و الثمن كليهما - مع التلف قبل القبض - على كل من البائع و المشترى.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن لفظ المبيع - الذى ذكر فى النبوى الآتى - يصدق على كل من العوض و المعوض.

و لا من ناحيه إلغاء الخصوصيه من اللفظ المزبور، لأجل مناسبه الحكم و الموضوع.

و لا من ناحيه قوله (ع) - فى روايه عقبه بن خالد الآتيه -:

(فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه). بناء على أن الضمير

المجرور- فى كلمه لحقه- يرجع إلى البائع.

إذ لا يرجع شى ء من هذه الوجوه إلى معنى محصل. ضروره أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲

الروايتين ضعيفتا السند. و عنوان المبيع لا يصدق على الثمن. و الضمير المجرور لا يرجع إلى البائع. و لا أقل من الاجمال.

بل التعميم إنما هو من ناحيه السيره القطعيه، و تحقيق المقام على وجه الإجمال: أنه قد استدل على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه بوجوه شتّى:

۱- الإجماع على ذلك، كما عن السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضه. و عن التذكره فى باب القبض أنه لا خلاف عندنا فى أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد و سقط الثمن.

و يرد عليه: أن المدرك فى حجيه الإجماع إنما هو القطع برأى الامام (ع) و من الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه فى المجمعين، و هو غير معلوم. أو قاعده اللطف، و هى غير ثابته فى محلها، أو الحدس القطعى، و هو مقطوع العدم فى هذه المسأله، و إذن فلا إجماع تعبدى فى المقام لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (ع). و نحتمل قريبا أن مستند المجمعين- هنا- هو الوجوه الآتيه.

۲- ما عن عوالى اللئالى عن النبى (ص): أنه قال: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «۱».

و يتوجه عليه: أن الحديث المذكور، و إن كان يدل على المقصود دلاله واضحه، الا أنه لم يذكر فى كتب الشيعه إلا مرسلا. و قد ذكرنا مرارا عديده: أن الأحاديث المرسله ليست بحجه.

و دعوى: أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافيه بداهه أن عملهم بروايه ضعيفه لا يجبر ضعفها، كما أن

إعراضهم عن العمل بروايه

---

(۱) المروی فی المستدرک ج ۲ باب ۹ من أبواب الخیار ص ۴۷۳.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۳

صحیحه لا یوجب وهنها. و قد ذکرنا ذلک فی علم الأصول مفصلا، و أشرنا إلیه فی أوائل الجزء الأول إجمالا.

۳- روایه عقبه بن مالک [۱] فإنها ظاهره فی أن التلف قبل القبض من مال بائعه.

و لکن هذه الروایه و إن کانت ظاهره فی المقصود، إلا أنها ضعیفه السند، و غیر منجبره بعمل المشهور، لا صغری، و لا کبری، و هذا واضح لا ریب فیه.

و التحقیق أن الحکم المزبور قد ثبت بالسیره القطعیه، لأن بناء العقلاء و المتشرعه قائم علی أن التسلیم و التسلم من متممات الملکیه المترتبه علی البیع بحیث إن العقلاء لا یرون حصول الملکیه التامه قبل القبض و الإقباض. بل یرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملکیه الناقصه، و من هنا یعبر عن البیع کثیرا بالأخذ و الإعطاء.

و لا نقول بکون القبض و الإقباض من شرائط حصول الملکیه فی مطلق البیع، لکی لا یفرق فی ذلک بین الصرف و السلم، و بین بقیه البیوع بل أقول: إن الإیجاب قد أثر فی الملکیه الناقصه المحدوده بالانفساخ بالتلف، کما أنها محدوده بالفسخ- فی البیع الخیاری- و إنما تصیر هذه الملکیه

---

[۱] عن الصادق (ع) فی رجل اشتری متاعا من رجل، و أوجبه له، غیر أنه ترک المتاع عنده، و لم یقبضه و قال: آتیک غدا إنشاء اللّه فسرق المتاع من مال من یکون؟ قال: من مال صاحب المتاع- الذی هو فی بیته- حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله إلیه مجهوله بمحمد بن

عبـد اللّه بن هلال. و بعقبه بن خالد. الكافى ج ۵ باب الشـرط و الخيار فى البيع من كتاب المعيشه ص ۱۷۱. و الوافى ج ۱۰ ص ۶۹.

مطلقه و تامه- من جميع الجهات فى نظر العقلاء، و لا تنفسخ بالتلف السماوى- بالقبض و الإقباض.

و لا ريب: أن هـذه السـيره كما أنها جاريه فى ناحيه المبيع. كـذلك أنها جاريه فى ناحيه الثمن أيضا حـذو النعل بالنعل و القـذه بالقذه. و إذن فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكه لا يختص بالبائع، بل يعم المشترى أيضا، فالمتحصل أنا لا نعقل وجها صحيحا لدعوى التحالف فى المقام.

نعم يمكن أن يقال: إن ذكر المصـنف هنا احتمال التحالف مبنى على المسأله المعروفه فى كتاب القضاء من أن المناط فى تعيين المدعى و المنكر هل هو متعلق الدعوى ابتداء أم المناط فيه هو الغايه المترتبه على الدعوى.

و مثال ذلك: أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد، و ادعى زيد أنه كان عاريه- فلا ضـمان فيه- و ادعى عمرو أنه كان قرضا- فلا بد من أداء عوضه- كان هـذا من قبيل التداعى على المناط الأول، و من قبيل المدعى و المنكر على المناط الثانى. و حيث ان وضـع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا فى موارد الأمانات الشرعيه أو المالكيه، فلا بد لمدعى العاريه من إثبات مدعاه.

و على هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى- فيما نحن فيه- هو عنوان البائع، و عنوان المشترى كان المورد من صغريات التداعى. فيتعين التحـالف و إذا كـان مصب الـدعوى هو الغايه المترتبه على الـدعوى كان المورد من صـغريات المـدعى و المنكر، و عليه فيتوجه الحلف على المنكر. و

لعل المصنف حيث لم يتضح فى نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحيه الأخرى فاكتفى- فى المقام- بذكر احتمال التحالف، و اللّه العالم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۵

بحث فى هيئه الصيغه و عدم اعتبار العربيه فيها

الجهه الثانيه فى هيئه الصيغه،

اشاره

قد ذكر المصنف رضوان اللّه عليه: أن

(المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربيه فى العقد).

أقول: ذهب جمع كثير من أعاظم الأصحاب رضوان اللّه عليهم إلى اعتبار العربيه فى صيغ العقود لوجوه شتى:

۱- التأسى و الاقتداء بالنبى (ص) ضروره أنه (ص) كان ينشئ العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربيه، و من الواضح أن فعله حجه، كما أن قوله و تقريره حجتان.

و الجواب عنه: أن النبى (ص) و إن كان قادرا على إنشاء العقود و الإيقاعات بأى لفظ، و بأيه لغه، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان، و لم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالبا. و حينئذ فعدم صدور الإنشاءات العربيه منه (ص) بغير اللغه العربيه إنما هو لعدم ابتلائه بذلك. كعدم ابتلائه بذلك- غالبا- فى سائر محاوراته و محادثاته، و عليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير اللغه العربيه.

و الذى يدل على صدق مقالنا: أنه لو كانت العربيه معتبره فى صحه الإنشاء لظهر لنا ذلك، و بان، بل صار بديهيا كالشمس فى كبد السماء، لكثره ابتلاء الناس بذلك، بل كان من الوظائف اللازمه على كل متدين بدين الإسلام أن يتعلم الصيغ العربيه للعقود و الإيقاعات، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يبتليه من الأحكام الشرعيه. و من الواضح أنه لم يذكر ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۶

فى شى ء من الأدله الشرعيه.

نعم يجب التأسى

بالنبی (ص) فی فعله الصادر منه علی سبیل المولویه و التشریع إلا أنه بعید عن مورد بحثنا.

۲- أن عدم صحه الإنشاء بالعربی غیر الماضی یستلزم عدم صحته بغیر العربی بطریق أولی.

و یرد علیه. أن دعوی الأولویه فی المقام ممنوعه، إذ لا صله بین المقامین بوجه. علی أنه لا دلیل علی اعتبار الماضویه فی العقود. و ستعرفه قریبا ۳- أن مفهوم العقد لا یتحقق فی الخارج إلا بالإنشاء بالألفاظ العربیه و علیه فالإنشاء بغیرها خارج عن حدود العقد موضوعا و الجواب عن ذلک أن العربیه غیر معتبره فی مفهوم العقد بوجه، و لیس علیه دلیل عقلی، و لا نقلی، و لا شاهد علیه من العرف و اللغه. بل کل ذلک یساعد علی صدق مفهوم العقد علی المنشأ بغیر الألفاظ العربیه، فیکون مشمولا للعمومات و المطلقات الداله علی صحه العقود و لزومها.

و السر فی ذلک ما ذکرناه مرارا من أن حقیقه کل أمر إنشائی- من الأوامر و النواهی. و العقود و الإیقاعات- متقومه بالاعتبار النفسانی المظهر بمظهر خارجی، سواء أ کان ذلک المظهر فعلا من الأفعال الجوارحیه أم کان قولا و سواء أ کان القول عربیا، أم کان غیر عربی و إذن فلا وجه لتخصیص المظهر بالقول، فضلا عن تخصیصه بحصه خاصه منه. و علیه فیصح الإنشاء بالألفاظ غیر العربیه.

نعم لو أغمضنا عن العمومات و المطلقات لحکمنا بفساد کل عقد نشک فی صحته و فساده- و لو کان ذلک من ناحیه الشک فی اعتبار العربیه فیه- إلا أن هذا فرض محض لا واقعیه له. لما ذکرناه قریبا من أن المنشأ بغیر الألفاظ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۷

العربیه عقد بالحمل الشائع فتشمله العمومات و المطلقات.

و حینئذ

فليس لـك أن ترجع إلى أصاله الفساد فى العقود، لأن موردها إنما هو العقـد الـذى يشك فى صـحته و فساده من غير أن يكون مشمولا لأدله الإمضاء و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم إذا قلنا باعتبار العربيه فى الصيغه وجب اعتبارها فى جميع ما هو دخيل فى حقيقه الصيغه و ماهيتها، و هذا واضح.

نعم لا بأس بذكر الشروط- التى اعتبرت فى العقود- بغير الألفاظ العربيه، لأنها غير معتبره، فى ماهيه العقود و حقيقتها، كما أنه لا بأس بـذكر متعلقات الصـيغه- من العوض و غيره- بغير الألفاظ العربيه، لأن ذكر تلك المتعلقات، و حـذفها- مع قيام القرينه على الحذف- سيان، و من البديهى أنه إذا لم يضرّ حذفه بصحه العقد لم يضر ذكره بها أيضا.

فكمـا لا بأس بقول القائل: بعت، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو المثمن، كـذلك لا بأس بقوله: بعت (اين كتاب را به ده درهم) و لا نحتمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربى مخلا بصحه العقد.

و يؤيـد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال: قلت لأبى عبـد اللّه (ع) الرجل يريـد أن يبيع بيعا فيقول: أبيعك بده دوازده؟ فقال: لا بأس إنما هذه المراوضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده «۱».

و قد اتضح لك مما حققناه حكم العربى الملحون من حيث الماده أو الهيئه أو الاعراب، فإنه لا يصح الإنشاء بذلك بناء على أن الوجه فى اعتبار العربيه فى العقود هو كون العربى الصحيح متيقنا من أسباب النقل و الانتقال و اليه أشار المصنف بقوله:

---

(۱) رواه فى الوافى ج ۱۰ فى الباب ۱۰۷ ص ۹۴.

(الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العربيه هو لزوم

الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل).

و عليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه-: أى خلاف ما أفاده المصنف- ما لم يتغير المعنى على وجه يخرجه عن حقيقته).

و لكن الذى يسهل الخطب هو ما بيناه مرارا من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى ما لم يدل دليل خاص على خلافه.

و وقتئذ لا بد من التفصيل فى الملحون بين ما يعد غلطا فى نظر أهل العرف- كلفظ بغت بدل بعت- و بين ما لا يعد غلطا فى نظرهم و إن كان غلطا بحسب القواعد العربيه- كاللغات الدارجه- فإنه يصح الإنشاء بالثانى، لكونه صالحا لابراز الاعتبار النفسانى دون الأول. إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العربيه الصحيحه.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟

قوله: (هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ)

أقول: ظاهر كلام المصنف: أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلا متفرع على اعتبار العربيه فى الصيغه. و من هنا قال فى وجه ذلك:

(لأن عربيه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعت و أبيع، و أوجدت البيع و غيرها).

و التحقيق: أن اعتبار الشرط المذكور- فى الصيغه- لا يتفرع على اعتبار العربيه فيها، بل إنما هو من ناحيه أخرى التى سنتضح لك قريبا.

و تفصيل الكلام فى المقام: أن الجهل بمضمون الصيغه على قسمين:

١- أن يلتفت المنشئ إجمالا إلى معنى الصيغه و لكن لا يلتفت تفصيلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٩

إلى وقوع أى جزء منها بإزاء أى جزء من معناها، كما يتفق ذلك غالبا فى غير العارف باللغه العربيه، فإنه يلتفت

إجمالاـ إلى معنى جمله خاصه عربيه، إلاـ أنه لاـ يلتفت إلى كيفيه الدلاله فيها. و مقابله أى جزء من تلك الجمله بأى جزء من معناها.

٢- أن يكون المنشئ جاهلا بمضمون الصيغه رأسا، و لا يكون عالما به، لا إجمالا، و لا تفصيلا. بل ربما يكون المرتكز فى ذهن المنشئ من تلك الصيغه غير ما يفهمه أهل العرف منها.

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الإنشاء به، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغه على النهج المذكور، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع العدم، لقيام السيره القطعيه على خلافه، إذ لا يطلع على خصوصيات الصيغه على النحو المزبور إلا الأفاضل و العلماء، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفيه دلالته على معناه إلا الأوحدى من الناس، مثل كلمه (بى هوده) فان كثيرا من الناس يتخيل أنها كلمه واحده فارسيه، مع أن لفظه (بى) نافيه، و لفظه (هوده) بمعنى الفائده، فقد ضمت إحداهما إلى الأخرى فصارت كلمه واحده.

أما عوام الناس- حتى العارفين باللغات- فلاـ يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفيه المتقدمه، و مع ذلك ينشؤن بها العقود و الإيقاعات، و لا ريب أن هذا متعارف بينهم قديما و حديثا، و لم يثبت عنه ردع فى الشريعه المقدسه و الا لظهر و بان، و صار من الأمور الواضحه، ضروره ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضروريه التى اتضح حكمها فى الشريعه المقدسه كالصوم و الصلاه و الحج و أمثالها.

أما القسم الثانى فلا يصح الإنشاء به جزما، فإن شأنه فى نظر المنشئ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ۴٠

شأن استعمال كلمه أكلت و شربت و ضربت مكان بعت، فكما لا يصح الإنشاء بتلك الألفاظ، كذلك لا يصح الإنشاء بما

یکون المنشئ جاهلا بمضمونه رأسا

هل تعتبر الماضویه فی الإیجاب و القبول؟

قوله: (المشهور کما عن غیر واحد اشتراط الماضویه، بل فی التذکره الإجماع علی عدم وقوعه بلفظ أبیعک، أو اشتر منی).

أقول: اشتراط الماضویه فی الإیجاب و القبول محکی عن الوسیله و الشرائع و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و التنقیح و المسالک، و عن جمع آخر.

بل قال فی التذکره: الثانی- أی من شروط الإیجاب و القبول- الإتیان بهما بلفظ الماضی، فلو قال: أبیعک أو أشتری لم یقع إجماعا، لانصرافه الی الوعد. و لو تقدم القبول بلفظ الطلب، بأن قال: بعنی بدل قوله: اشتریت فقال البائع: بعتک لم ینعقد. لأنه لیس صریحا فی الإیجاب، فقد یقصد أن یعرف أن البائع هل یرغب فی البیع. نعم لو قال المشتری بعد ذلک: اشتریت، أو قبلت صح إجماعا و لو تقدم بلفظ الاستفهام فیقول أ تبیعنی؟ فیقول: بعتک لم یصح إجماعا لأنه لیس بقبول و لا استدعاء انتهی کلامه و وجهه بعضهم بأن الإنشاء بغیر الماضی خارج عن العقود المتعارفه فلا تشمله العمومات.

و بأن الماضی صریح فی الإنشاء بخلاف غیره من الأمر و المضارع، فإن الأول استدعاء. و الثانی أشبه شی ء بالوعد.

و التحقیق: ما عن الکامل و المهذب. من جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لأنه یصدق عنوان العقد علی المنشأ بهما فیکون مشمولا للعمومات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۴۱

و توهم: أن المضارع و الأمر لیسا بصریحین فی الإنشاء، توهم فاسد إذ لو أرید من ذلک عدم صراحتهما فی الإنشاء- و لو بالقرائن الحالیه أو المقالیه- فهو جار فی الماضی أیضا، لأنه لیس بصریح فی الإنشاء، ضروره أنه یستعمل تاره فی الاخبار، و أخری فی الإنشاء، و علیه فلا یکون صریحا

فی الثانی، بل هو و غیره سیان فی عدم الدلاله علی الإنشاء صریحا بحسب الوضع الأولی.

و لو أرید من ذلک عدم صراحتهما فی الإنشاء حتی مع اقترانهما بالقرائن فهو ممنوع جزما.

نعم لا شبهه فی أن العقود و الإیقاعات تنشأ بالماضی غالبا، إلا أن مجرد هذا لا یوجب عدم صحه الإیجاب و القبول بغیر الماضی، و هذا واضح لا شبهه فیه.

و دعوی الإجماع علی عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، دعوی جزافیه.

لأن المدرک فی حجیه الإجماع إنما هو العلم بکشفه عن قول المعصوم، و من البین أنه لا سبیل لنا إلی العلم بذلک هنا، إذ من المحتمل القریب أن یکون مدرکه هو الوجوه الاعتباریه، التی ذکروها فی المقام.

علی أن مورد الإجماع- فی عباره التذکره التی ذکرناها آنفا- إنما هو خصوص المضارع. و علیه فلا وجه لما فی عبارتی المصنف و مفتاح الکرامه من نسبه الإجماع إلی التذکره فی کل من المضارع و الأمر.

و یضاف إلی ذلک کله: أنه قد ورد- فی جمله من الروایات [۱]

---

[۱] عن سماعه عن أبی عبد اللّه (ع) فی الرجل یشتری العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا یصلح له إلا أن یشتری معه شیئا آخر، و یقول: أشتری منک هذا الشی ء و عبدک بکذا و کذا فان لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری منه.

- الإنشاء بالمضارع. کما یدل علی جواز ذلک مطلقا فحوی ما دل علیه فی خصوص النکاح [۱].

موثق بزرعه و سماعه.

و عن رفاعه النخاس قال: سألت أبا الحسن: یعنی موسی بن جعفر (ع) قلت له: یصلح لی أن اشتری من القوم الجاریه الآبقه، و أعطیهم الثمن، و أطلبها أنا؟

قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشترى معها منهم شيئا ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فان ذلک جائز. صحيحه التهذيب ج ٢ باب ٩ الغرر و المجازفه من كتاب التجارات ص ١٥١.

و عن سماعه قال: سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع؟ قال: لا، إلا أن يحلب لک سكرجه، فيقول: اشترى منک هذا اللبن الذى فى السكرجه و ما بقى فى ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن فى الضرع شی ء كان ما فى السكرجه. موثق بزرعه و سماعه. الوافى ج ١٠ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ١٥١ أقول: السكرجه- بضم السين و الكاف و الراء المشدده- إناء صغير يؤكل فيه الشى ء القليل من الأدم فارسيه معربه.

ثم إنه وقع الإنشاء بالمضارع فيما ورد فى بيع المصحف، و بيع الثمر فى جمله من الروايات، و قد نقلناها فى الجزء الثانى فى ص ١٥٥.

[١] عن أبى بصير قال: لا بد من أن تقول فى هذه الشروط: أ تزوجک متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما إلخ. ضعيف بعثمان بن عيسى. و موقوف و المراد من الخبر الموقوف: ما روى عن مصاحب المعصوم (ع) من فعل أو قول أو تقرير، مع الوقوف على ذلک المصاحب من دون وصل السند إلى المعصوم (ع) و عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: ا تزوجک متعه على كتاب اللّه و سنه نبيه (ص) لا وارثه، و لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٣

و قد اتضح لک مما بيناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من

أن الإنشاء لا يكون إلا بالماضى، لصراحته فى تحقق الأمر الاعتبارى، بخلاف المضارع، فإنه أشبه شى ء بالوعد، كما أن الأمر أشبه شى ء بالمقاوله. و إذن فلا يصح الإنشاء بهما. انتهى ملخص كلامه.

ثم إنا ذكرنا مرارا: أن الأمور الإنشائيه متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى بحيث يكون ذلك المظهر صالحا لابراز ما فى النفس من الاعتبار- و لو بمئونه القرائن- و عليه فلا بأس بإنشاء العقود بالجمل الاسميه- كإنشاء البيع بجمله (هذا لك بعوض) و إنشاء الإجاره بجمله (منفعه هذه الدار لك بكذا) و هكذا ضروره أنها- مع اقترانها بالقرائن- صالحه لابراز الاعتبار النفسانى، فيكون المنشأ بها مشمولا لما دل على صحه العقود و لزومها نعم لا يصح الإنشاء بمثل قولنا أنا بائع، أو أنت مشتر، أو هذا مبيع، و نحوها فإن الإنشاء بأشباه هذه الجمل يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط. و قد أسلفنا أنه لا يسمح الإنشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره فى نظر أهل العرف. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما جواز إنشاء الطلاق بجمله (هى طالق) و إنشاء العتق بجمله (أنت حر لوجه اللّه) فإنما هو من ناحيه دليل خاص.

- موروثه كذا و كذا يوما. فإذا قالت: نعم فقد رضيت، فهى امرأتك، و أنت أولى الناس بها. إلخ. ضعيف بإبراهيم بن الفضل.

و عن ثعلبه قال: تقول: ا تزوجك متعه على كتاب اللّه و سنه نبيه (ص) نكاحا غير سفاح إلخ. موقوف.

و عن هشام بن سالم قال: قلت: كيف يتزوج المتعه؟ قال: تقول يا امه اللّه أتزوجك كذا و كذا يوما، بكذا و كذا درهما إلخ. مجهول بعبد اللّه بن محمد بن عيسى. الكافى ط ۲ ج ۵ باب

شروط المتعه من كتاب النكاح ص ۴۵۵.

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟

الجهه الثالثه فى الترتيب بين الإيجاب و القبول.

قوله: (الأشهر- كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول).

أقول:

قد اختلف الأصحاب فى ذلك.

فقال الشيخ فى بيع المبسوط: عقد النكاح ينعقد بالإيجاب و القبول، سواء تقدم الإيجاب. أو تأخر. بلا خلاف: فأما البيع فان تقدم الإيجاب. صح بلا خلاف و إن تقدم القبول. صح، و الأقوى عندى: أنه لا يصح.

و عن الوسيله، و السرائر: اشتراط تقديم الإيجاب على القبول و عن المختلف أنه الأشهر.

و عن التذكره، و الإيضاح، و التنقيح: أنه الأقوى.

و عن جامع المقاصد، و صيغ العقود: أنه الأصح.

و عن تعليق الإرشاد: أنه الأظهر.

بل عن غايه المراد، و المسالك حكايه الإجماع على ذلك عن الخلاف و لكن الموجود فى بيع الخلاف: أنه إذا قال: بعنيه بألف، فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشترى بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت.

دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به «۱».

و غير خفى على الناقد البصير أن هذه العباره التى بين يدى القارى غير ظاهره فى الاشتراط المزبور. و إن كانت توهمه للمستعجل.

---

(۱) الخلاف ج ۲ ص ۱۹۹.

و قد خالف فى ذلك جمع من الأعاظم.

فقال العلامه فى القواعد: و فى اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

و فى الشرائع: أنه أشبه. و اختاره الشهيد فى حواشيه.

و فى اللمعه و الروضه: أنه لا يشترط تقديم الإيجاب و إن كان تقديمه أحسن.

و عن نهايه الأحكام، و الميسيه، و المسالك: أنه الأقوى.

و عن التحرير، و الدروس، و الكفايه: أنه الأقرب.

و عن مجمع البرهان: أنه الأظهر.

بل قال الشيخ (ره) فى نكاح المبسوط: فأما إن تأخر الإيجاب فسبق القبول، فان كان فى

النكاح. صح. بلا خلاف، لخبر الساعدی.

و إن کان هذا فی البیع، فقال: بعنیها، فقال: بعتکها صح عندنا، و عند قوم من المخالفین.

ثم إنه قال الشهید الثانی فی الروضه: إن (محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشتریت. أو ابتعت، أو تملکت. لا بقبلت و شبهه.

لأنه صریح فی البناء علی أمر لم یقع).

و حکاه- فی مفتاح الکرامه- عن جماعه من الفقهاء.

و قد أطنب المصنف فی البحث هنا من حیث النقض و الإبرام و صفوه کلامه: أن القبول قد یقع بلفظ قبلت و رضیت و نحوهما، و قد یقع بلفظ الأمر: بأن یقول المشتری بعنی المتاع الفلانی بألف، و یقول البائع بعته إیاک بکذا، و قد یقع بلفظ اشتریت و ابتعت و ملکت- مخففا.

فإذا وقع القبول بالقسم الأول لم یجز تقدیمه علی الإیجاب، للإجماع و لأن العمومات محموله علی العقود المتعارفه، و من الواضح أنه لم یتعارف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۴۶

تقدیم القبول بلفظ قبلت أو رضیت علی الإیجاب.

أضف الی ذلک: أن القبول- الذی هو أحد رکنی العقد- فرع الإیجاب فلا یعقل تقدمه علیه، بدیهه أن القبول لیس هو مجرد الرضاء بالإیجاب لکی یلتزم بإمکان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالإیجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الی القابل نقلا فعلیا. و من الواضح أن هذا المعنی لا یتحقق إلا بتأخر الرضاء عن الإیجاب.

إذ مع تقدمه لا یتحقق النقل فی الحال. ضروره أن الراضی بمعاوضه ینشئها الموجب فی المستقبل لم ینقل ماله فی الحال الی الموجب. و السر فی ذلک أن کلمه قبلت و أشباهها قد أخذ فیها مفهوم المطاوعه، و لا یتحقق ذلک فی الخارج الا بتقدیمها علی الإیجاب.

و

إذا وقع القبول بـالقسم الثـانى لم يجز تقـديمه على الإيجـاب أيضـا، لأـنه لاـ يعـد قبولاـ للإيجـاب المتأخر، و انما هو اسـتدعاء و استئجاب. بل لو قلنا بجواز التقـديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا، بناء على اعتبار الماضويه فى الإيجاب و القبول. و قـد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا.

و إذا وقع القبول بالقسم الثالث- أعنى به ابتعت و اشتريت و ملكت مخففا- جاز تقـديمه على الإيجاب، لأنه عندئـذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعه لكى يستحيل تقديمه عليه. و انما استفيدت المطاوعه من القرائن المقاميه: و هى أن النقل يتحقق- غالبا- من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشترى. و من البين أن هـذه القرينه غير مانعه عن تقـديم القبول على الإيجاب. بـديهه أن المشترى قد أنشأ بالألفاظ المذكوره ملكيه المثمن لنفسه بإزاء الثمن. و لا يفرق فى ذلک تقدمها على الإيجاب و تأخرها عنه.

ثم انه (ره) تكلم فى سائر العقود الى أن قال:

و أما المصالحه المشتمله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۴۷

على المعاوضه فلما جاز ابتـداء الالتزام بها لكل من المتصالحين- لتساوى نسـبتها إليهما- كان البادى منهما موجبا، لصدق عنوان الموجب عليه لغه و عرفا.

و لكن لمـا انعقـد الإجمـاع على توقف العقـد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو كان ذلک أيضا بلفظ الصلح للزم تركب العقد من إيجابين، و حينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الإيجاب فى الصلح أيضا.

انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفه، بل هى تشمل جميعها، سواء فيها المتعارف و غير المتعارف.

ثانيا: أنه لا وجه لما ذكره فى آخر كلامه من قيام الإجماع على توقف العقد على

القبول، لعدم الدليل على اعتبار القبول فى مفهوم العقد، و لا فى صحته، و لا فى لزومه.

بل المتحصل من كلمات أهل اللغه و أهل العرف، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين، سواء أ كان الصادر منهما مركبا من الإيجاب و القبول، أم كان ذلك مركبا من إيجابين فقط، فإنه- على كلا التقديرين- يكون مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و قد أشرنا الى ذلك آنفا.

ثالثا: أنه لا ـ وجه لمنعه عن تقديم القبول- الذى وقع بلفظ الأمر- على الإيجاب، لأنا ذكرنا مرارا: أن حقيقه العقد هى الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، من غير أن تعتبر فى ذلك أيه خصوصيه من الخصوصيات و دعوى: أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لاعتبار الماضويه فى العقود، دعوى فاسده، لما عرفته قريبا من عدم الدليل على اعتبار الماضويه بوجه رابعا: أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت، و رضيت، و أمضيت و أنفذت، و بين اشتريت، و تملكت، و ملكت مخففا، حيث التزم بعدم

الجواز فى القسم الأول، و بالجواز فى القسم الثانى و بيان ذلك: أن العقود قد يعتبر فيها القبول، و قد لا يعتبر فيها الا الرضاء بفعل الموجب بلا حاجه الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب:

أما القسم الثانى فيما أنه لا يعتبر فيه القبول، و يكفى فيه مجرد الرضاء، لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء و تأخره فلو استدعى زيد عمروا فى بيع داره فأذن له صح لزيد بيعها، و ان لم يتحقق منه إنشاء لقبول الوكاله.

نعم هذا القسم من الوكاله الإذنيه- التى تتقوم بالاذن الساذج- لا يترتب عليه حكم الوكاله العهديه- التى تتقوم بالإلزام

و الالتزام من الطرفين- و عليه فإذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده، و ان لم يبلغه الرجوع.

و من هـذا القبيـل العاريه و الوديعه، فإنهما أيضا لا يحتاجان الى القبول و يكفى فى تحققهما مجرد رضاء المسـتعير و المسـتودع بإنشاء المالك.

بل و كذلك الحال فى الوصيه، فإذا أوصى بمال لزيد، لم يعتبر فى صحتها الا رضاء زيد بالتمليك، من دون حاجه الى القبول.

و على الجمله: ان الحـاجه الى الرضـاء فى هـذه العقود، كالحـاجه إلى رضاء الزوجه فى صـحه التزويـج على بنت أختها، أو بنت أخيهـا. و معه لاـ موجب لاعتبار تأخر القبول فى العقود المزبوره، لأنه يكفى فيها مجرد الرضاء سواء تأخر عن الإيجاب، أم تقـدم عليه.

أما القسم الأول- أعنى به العقود العهـديه- فهو لا يوجـد فى الخارج إلا بإنشاء المعاهـده و المعاقده من الجانبين. و لكن لا دليل على كون أحـد الانشـائين معنونـا بعنوان الإيجـاب، و كون الآـخر معنونـا بعنوان القبول- بمعناه المطاوعى- لكى يسـتحيل تقـدم الثانى على الأول.

بل ذكرنا قريبا: أنه إذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۴۹

المعاملات- كالعقد و البيع و التجاره عن تراض و الشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائيه و غير ذلک- حکم بصحته و لزومه، للعمومات و المطلقات و إذن فلا محذور من تركب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تمليک أحد المالين بعوض، و يتضمن ثانيهما تملكه به، سواء أ كان ذلک بلفظ التملک و ما يرادفه، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينه على إنشاء التملک به. و عليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول- بمعناه المطاوعى- فى مفهوم العقود لكى يمنع من تقدمه على الإيجاب.

و

لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول، و سلمنا أيضا أخذ المطاوعه فى مفهوم القبول، و لكنا لا نسلم استحاله تقدم القبول على الإيجاب، ضروره أن القبول يتعلق تاره بالمعنى المصدرى: أعنى به إنشاء البائع. و يتعلق أخرى باسم المصدر: أعنى به نفس المبادله بين المالين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع.

و على الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الإيجاب فى الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر.

و على الثانى فلا محذور فيه من تحقق المطاوعه قبل تحقق الإيجاب و ذلك لأن مفهوم المطاوعه هو الأخذ، و من البين أن المشترى إذا أنشأ تملك مال غيره بإزاء مال نفسه، بقوله: قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء- كالبيع مثلا- لنفسه.

و إذن فلا يفرق فى تحقق مفهوم العقد، بين تقديم القبول على الإيجاب و عدمه، و حينئذ فيكون ذلك مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها و قد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف. من أن القبول فرع الإيجاب، و تابع له، فيستحيل تقدم التابع على المتبوع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۰

و نتيجه ما حققناه هى جواز تقدم القبول على الإيجاب، من غير فارق بين ألفاظ القبول، و لا بين أفراد العقود. نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصا فى النكاح.

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمه الوارده فى بيع العبد الآبق، و بيع المصحف، و بيع الثمر. «۱». و أيضا يدل عليه فحوى الأخبار السابقه الوارده فى نكاح المتعه «۲» و فحوى ما ورد فى جواز جعل المهر تعليم شی ء من القرآن [۳].

---

[۳] عن عوالى اللئالى: روى سهل الساعدى:

أن النبى (ص) جاءت إليه امرأه، فقالت: يا رسول اللّه إنى قد وهبت نفسى لك، فقال (ص): لا- إربه لى فى النساء. فقالت: زوجنى بمن شئت من أصحابك. فقام رجل فقال: يا رسول اللّه زوجنيها، فقال: هل معك شى ء تصدقها؟ فقال: و اللّه ما معى إلا ردائى هذا، فقال (ص): إن أعطيتها إياه تبقى و لا رداء لك. هل معك شى ء من القرآن؟

فقال: نعم سوره كذا و كذا، فقال (ص): زوجتكها على ما معك من القرآن.

مرسل. المستدرک ج ۲ فى الباب ۲ من أبواب المهر ص ۶۰۵.

و رواه البيهقى مسندا بأدنى تفاوت فى ج ۷ من سننه ص ۲۴۲.

و عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع) قال: جاءت امرأه إلى النبى (ص) فقالت: زوجنى، فقال رسول اللّه (ص): من لهذه؟ فقام رجل فقال، أنا يا رسول اللّه، زوجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شى ء، فقال: لا، قال:

فأعادت، فأعاد رسول اللّه (ص) الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول اللّه (ص) فى المره الثالثه، أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم،

---

(۱) راجع ص ۴۱ و ۴۲.

(۲) راجع ص ۴۲ و ۴۳.

هل تعتبر الموالاه بين الإيجاب و القبول؟

قوله: (و من جمله شروط العقد الموالاه بين إيجابه و قبوله).

أقول:

قد حكى المصنف عن الشهيد فى قواعده: (أن الموالاه معتبره فى العقد و نحوه و هى مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه.

و قال بعض العامه: لا يضر قول الزوج- بعد الإيجاب-: الحمد للّه، و الصلاه على رسول اللّه، قبلت نكاحها. و منه الفوريه فى- استتابه المرتد، فيعتبر فى الحال و قيل: إلى ثلثه أيام. و منه السكوت فى أثناء الأذان، فإن

كان كثيرا أبطله.

و منه السكوت الطويل فى أثناء القراءه، أو قراءه غيرها خلالها. و كذا التشهد. و منه تحريم المأمومين فى الجمعه قبل الركوع، فان تعمدوا، أو نسوا

- فقال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه. صحيح. الكافى ج ۵ من ط ۲ باب النوادر فى المهر ص ۳۸۰.

ثم لا يخفى عليك: أنه يستفاد من الخبرين المزبورين أحكام شتى:

۱- جواز تقديم القبول على الإيجاب.

۲- جواز وقوع القبول بلفظ الأمر.

۳- جواز الفصل بين الإيجاب و القبول.

۴- جواز جعل المهر تعليم شى ء من القرآن.

إلا ان استفاده غير الحكم الأخير منهما مبنيه على ما فهمه جمع من ان القبول فيهما هو قول ذلك الصحابى: زوجنيها، و الإيجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكها على ما تحسن، أو ما معك من القرآن.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۲

حتى ركع فلا جمعه.

و اعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه. و منه الموالاه فى التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرار. و الموالاه فى سنه التعريف. فلو رجع فى أثناء المده استؤنف ليتوالى).

و التحقيق: أنه لا شبهه فى اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، ضروره أن الاستثناء من النفى يفيد الإثبات، كما أن الاستثناء من الإثبات يفيد النفى و عليه فإذا اتصل أحدهما بالآخر، كان لهما ظهور واحد. و مضمون فارد، و إذا انفصل أحدهما عن الآخر، كان لكل منهما ظهور خاص، و مضمون مستقل.

و من هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين دينارا، ثم استثنى من ذلك- بعد مده طويله- خمسه دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى و المستثنى منه- فى نظر أهل العرف- كلاما واحدا، بل يعدون المستثنى نقضا للمستثنى منه. و كذلك

إذا قال أحد: لا إله، و لم يعقبه بقوله: إلا اللّه، إلا بعد مده طويله حكم بكفره، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاما واحدا.

و على الإجمال: إن اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه أمر بديهى و ربما يكون التأمل فى ذلك سببا لاعتبار الاتصال فى كل أمر تدريجى، الذى ثبتت له الصوره الاتصاليه فى نظر أهل العرف. و هذا هو المراد من قول الشهيد:

(الموالاه معتبره فى العقد و نحوه، و هى مأخوذه إلخ).

ثم إن الفوريه فى استتابه المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، بديهه أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفى ارتكازى و لكن وجوب الاستمرار فى الإسلام و عدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعى، فلا بد من الاستتابه فورا ففورا، و إذن فلا صله بينهما بوجه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٣

و هكذا الكلام فى لزوم تحريم المأمومين فى الجمعه قبل ركوع الإمام، فإن ذلك لا- يرتبط بالفوريه العرفيه، بل يحتاج إلى الدليل الشرعى، و عليه فان كان- هناك- ما يدل على الفوريه أخذ به، و إلا فيرجع إلى أصاله البراءه.

و الحاصل: أن الأمر التدريجى المتصل إذا أخذ موضوعا للحكم، لم يترتب عليه ذلك الحكم فى غير حال الاتصال، ضروره أن فعليه الحكم بفعليه موضوعه، و من البين الذى لا- ريب فيه أن الأمر التدريجى المتصل لا يكون فعليا إلا بفعليه هيئته الاتصاليه و إذا انتفت هذه الهيئه انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدريجى المتصل، لانتفاء موضوعه و هذا لا شبهه فيه بحسب الكبرى و لكن البحث فى أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب و القبول، أم لا؟.

لا خفاء فى أن الاتصال- بحسب

الدقه- يساوق الوحده، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر- و لو آنا ما- لم يصدق عليهما عنوان الواحد.

نعم قد يتحقق الاتصال العرفى فى الأمور التدريجيه مع تخلل العدم فى البين، و من هنا يقال- للكلام الطويل-: إنه كلام واحد متصل، مع تخلل السكوت فيه قليلا.

و لا يخفى عليك أن هذا الإطلاق إنما هو بحسب التشكيك، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى و المستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقيه أجزاء الجمل، و الاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جمله و جمله أخرى، و الاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكوره كلها، و جميع ذلك واضح لا شبهه فيه.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله بوجهين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۴

۱- ما ذكره المصنف (ره) و إليك لفظه:

(أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صوره اتصاليه فى العرف فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول- القائم بنفس المتعاقدين- بمنزله كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصاليه، و لذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرطا فى الطول، كسنه أو أزيد، و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو فى كل أمر بحسبه).

و إذن فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد، و هذا الذى ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره).

و يتوجه عليه أولا: أن دليل صحه المعاملات و لزومها لا ينحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضا آيه التجاره عن تراض و من البديهى أنا لا ندور فى

دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد، بل يكفى فى ذلك تحقق التجاره عن تراض.

و قد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله

(و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم فى المعامله منوطا بصدق العقد عرفا، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود. أما لو كان منوطا بصدق البيع، أو التجاره عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد).

نعم لا يمكن التمسك بآيه التجاره عن تراض فى خصوص النكاح.

ثانيا: أنا لا نرى وجها صحيحا للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاه مشمولا لآيه وجوب الوفاء بالعقد، ضروره أن العقد ليس اسما للفظ المركب من الإيجاب و القبول، بل هو عباره عن العهد المطلق أو العهد المشدد، و هذا المعنى أمر نفسانى قائم باعتبار الموجب و القابل معا، و من الواضح أنه لا ينفصم بتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول اللفظين.

نعم لا بد و أن يعد ذلك مظهرا- فى نظر أهل العرف- لذلك الاعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۵

النفسانى، و إذن فلا يكون الوجه المزبور دليلا على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول.

و على الإجمال: إن العقد عباره عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر، و شده به، مع وجود مظهر لكل منهما فى الخارج، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادله فى نفسه، و أبرزه فى الخارج، و بقى على اعتباره حتى انضم اليه اعتبار المشترى المبرز بقبوله، فكيف لا يصدق عليهما العقد؟ و هل الانفصال بين حدوثى الاعتبارين، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره؟

نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشترى لم يتحقق العقد فى الخارج، لكنه خارج عن محل كلامنا. و عليه فالفصل بين

الإيجاب و القبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولا لآيه وجوب الوفاء بالعقد. و هذا ظاهر.

۲- ما أفاده شيخنا الأستاذ من (أنه لما كان فيها-: أی فی العقود العهديه المعاوضيه كالبيع، و ما يلحق بها كالنكاح- خلع و لبس، أو إيجاد علقه، فلا بد أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و إلا يقع الإضافه، أو العلقه بلا محل و مضاف اليه).

و يرد عليه: أن هذا الوجه يقتضی استحاله تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب و القبول، و لازم ذلک أن لا يوجد عقد فی العالم، لأنه لا يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه و قبوله- و لو بزمان قليل- و من البين أنه لا يفرق- فی استحاله الفصل بينهما- بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير، و بين أن يكون ذلک هو الزمان الطويل. و هذا بين لا ريب فيه.

و الحل أن الخلع و اللبس- فی اعتبار البائع- ليس علی وجه الإطلاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۶

و إلا لتحقق ذلک قبل تحقق القبول، مع أنه لا يتحقق قبله حتی فی اعتبار نفس البائع فضلا عن إمضاء العقلاء، أو الشارع.

بل الخلع و اللبس فی اعتبار البائع معلق علی قبول المشتری، و علی فرض تحققه. و عليه فالخلع مقارن باللبس دائما، سواء أ تحققت الموالاه بين الإيجاب و القبول، أم لم تتحقق.

أضف إلی ذلک قيام السيره القطعيه علی عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول، لأنا نری بالعيان. و نشاهد بالوجدان: أن بعض الناس يرسل هديه إلی صاحبه من البلاد النائيه و أن تلک الهديه إنما تصل إلی المهدی اليه بعد مده طويله- كشهر أو شهرين-

و لا شبهه فى أن هذه هبه قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها، و لم نسمع من أحد أن يناقش فى صحتها، مع أنها من العقود.

و تدل أيضا على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قصه ماريه القبطيه عليها السلام الموهوبه للنبى (ص) [١] حيث إنه وقع فى تلك القصه فصل طويل بين إيجاب الهبه و قبولها، و مع ذلك لم يحكم النبى (ص) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاه بينهما، و إذا جاز ذلك فى الهبه جاز فى غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا.

و دعوى: أن الهبه فى القصه المزبوره هبه معاطاتيه، و بحثنا هنا فى العقود اللفظيه، دعوى جزافيه، إذ لا وجه للتفكيك بينهما فى ذلك. كما أن دعوى كون الإيجاب من رسول المالك، و القبول من النبى (ص) دعوى فاسده لأن

---

[١] قد روى: أن النجاشى ملك الحبشه- بعد ما تشرف بالإسلام- بعث إلى النبى (ص) بهدايا، و بعث إليه ماريه القبطيه أم إبراهيم عليهما السلام، و بعث اليه بثياب و طيب كثير و فرس. البحار ج ۶ باب ۳۴ الهجره إلى الحبشه ص ۴۰۱

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره.

و قال شيخنا الأستاذ: إن (جميع هذه الأفعال الصادره من الواسطه كأنها صادره من الموجب، فهو بمنزله من كان فى المشرق، و كانت يده طويله تصل إلى المغرب. فمد يده و أعطى شيئا لمن كان فى المغرب فان فعله يتم فى زمان وصول يده إلى المغرب).

و لكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه، و بين المثال المزبور، بداهه أن المهدى- فى مورد السيره- ربما يغفل عن هديته فى زمان

وصولها إلى المهدى إليه، و عندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطه منزله فعل المرسل.

و هذا بخلاف المثال المزبور، فإن المهدى- فى ذلك- بنفسه متصد لإيجاد العقد، و إنشائه، من دون أن يفصل فاصل بين إيجابه و قبوله، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته.

و أيضا يدل على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قيام السيره بين التجار المتدينين على معامله بعضهم بعضا بالكتابه و البرقيه، مع تخلل الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها. و لم يناقش أحد فى صحتها.

و دعوى وجود الفارق بينها و بين المعاملات الشفاهيه، و أن السيره غير جاريه فى الثانيه، دعوى جزافيه.

و أيضا يدل على جواز الفصل بين الإيجاب و القبول فحوى ما ورد «۱» فى جواز جعل المهر شيئا من القرآن. بناء على أن القبول- فى الروايه- هو قول الصحابى: زوجنيها، و الإيجاب هو قوله (ص) بعد فصل طويل:

زوجتكها على ما معك من القرآن. و إذا جاز ذلك فى النكاح جاز فى غيره بالألويه

---

(۱) قد تقدم ذلک فى ص ۵۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۵۸

و يضاف إلى ذلك كله: أنه لا دليل على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول. و دعوى الإجماع عليه، دعوى باطله، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى- هنا- لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (ع).

و عليه فإذا تحقق الإيجاب و القبول فى الخارج مع وجود الفصل بينهما و صدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و هذا بديهى لا خفاء فيه.

هل يعتبر التنجيز فى العقود؟

اشاره

قوله: (و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد).

أقول:

تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحا. كاقتران العقد بما

یدل على التوقف صریحا بأن یقول: البائع بعتک هذا إن جاء زید، أو إن کان هذا الیوم یوم الجمعه.

و قد یکون ضمنیا، کما إذا لم یذکر فی الکلام ما یدل بصراحته على الاشتراط و التوقف و لکن یستفاد ذلک منه ضمنا: کقول البائع بعتک داری یوم الجمعه، فإن الصیغه و إن کانت خالیه عن التعلیق ظاهرا، و لکنه مطوی فیها ضمنا، لأن تقدیرها بعتک داری إذا جاء یوم الجمعه. و عندئذ لا ینحصر مورد البحث بما یکون الکلام مشتملا على أداه الشرط و نحوها مما یدل على التعلیق. بل مدار البحث- هنا- على استفاده التعلیق من الصیغه بأی وجه کانت الاستفاده.

ثم إن مرکز البحث فی المقام إنما هو تعلیق المنشأ على شی ء، کقول أحد الشخصین لصاحبه: أنت وکیلی فی بیع داری إن قدم زید من سفره،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۵۹

حیث إن الوکاله لیست بمطلقه بل هی معلقه على قدوم زید من سفره.

أما إذا کان الإنشاء و المنشأ کلاهما مطلقین، و کان التعلیق فی متعلق العقد فقط، فهو خارج عن محل البحث جزما.

و مثال ذلک: أن یوکل أحد غیره- فی أمر- مطلقا و منجزا، و لکن کان متعلق الوکاله أمرا خاصا، یتوقف حصوله- فی الخارج- على تحقق شی ء آخر، کأن یقول الموکل لوکیله: أنت وکیلی فی بیع داری یوم الجمعه بأن کان یوم الجمعه قیدا للبیع، لا للوکاله. و مثله: أن یقول: أنت وکیلی على وجه الإطلاق، و لکن لا تتصرف فی أموالی إلى وقت معین- کقدوم الحاج مثلا- أو إلى حصول شرط خاص.

و من هنا یجوز للزوجه أن تشترط على زوجها- فی عقد الزواج- أن تکون وکیله فی طلاق نفسها مطلقا و منجزا

و يكون إعمال الوكاله مشروطا بعدم الإنفاق أو بالمسافره إلى بلد كذا أو غير ذلك فان هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقه.

ثم إن المغروس فى كلمات الفقهاء، و المسطور فى كتبهم: أن التعليق فى الجمله مجمع على بطلانه، و إنما الكلام بينهم فى تعيين معقد الإجماع.

فقد صرّح باعتبار التنجيز فى العقود الشيخ، و العلامه، و المحقق، و الشهيدين، و غيرهم.

بل عن العلامه- فى التذكره-: أنه يجب كون الوكاله منجزه عند علمائنا و حكى عنه أيضا دعوى الإجماع على عدم صحه أن يقول الموكل: أنت وكيلى فى يوم الجمعه أن تبيع عبدى. و على صحه قوله: أنت وكيلى، و لا تبع عبدى إلا فى يوم الجمعه مع كون المقصود واحدا.

و فرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء- بعد اعترافهم بأن الصوره الثانيه أيضا فى معنى التعليق-: بأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۰

فلا تقع بدونها و إن أفادت فائدتها.

و عن المحقق و الشهيد الثانيين- فى جامع المقاصد و المسالک فى مسأله إن كان لى فقد بعته-: أن التعليق ينافى الإنشاء فى العقود و الإيقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

و عن فخر الإسلام- فى شرح الإرشاد-: أن تعليق الوكاله على الشرط لا يصح عند الإماميه، و كذا سائر العقود، جائزه كانت، أو لازمه.

و عن غايه المرام: أنه لا خلاف فيه.

و فى الجواهر: شرطها- أى الوكاله- أن تقع منجزه كغيرها من العقود بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.

و فى مفتاح الكرامه: و الدليل على ذلک- بعد الإجماع نقلا و تحصيلا- أن الأصل عدم جواز الوكاله، خرجت المنجزه بالإجماع، و بعض الأخبار و بقى الباقى.

و قد أشار الشيخ- فى الخلاف-

إلى الأصل الـذى ذكره فى مفتاح الكرامه، و قال: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشـهر فقد وكلتك فى البيع، فان ذلك لا يصح، دليلنا: أنه لا دليل على صحه هذا العقد، و عقد الوكاله يحتاج إلى دليل.

و لكن حكى التأمل فى ذلك عن الكفايه، لأنه غير مرتبط بدليل واضح و لعله تبع فى تأمله هذا للمحقق الأردبيلى.

بل صرح المحقق القمى- فى جامع الشتات- بأن التعليق فى الوكاله لا يضر بصحه عقد الوكاله.

و على الإجمـال. إن ظـاهر جمله من العبـائر: هو بطلاـن التعليق فى العقود و الإيقاعـات على وجه الإطلاـق، و ظـاهر جمله أخرى منها: أنه يحكم ببطلان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦١

التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمرا مجهولا، كما عرفته عن المحقق و الشـهيد الثانيين و لاستيضاح هـذا الاختلاف، و بيان حكم التعليق، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق.

و حاصل كلامه: أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول، أو محتمل الحصول.

و على كلا التقديرين، فاما أن يكون ظرف الحصول هو الحال، أو الاستقبال.

و على التقادير الأربعه. فاما أن يكون الشرط- الذى يذكر فى العقد تصريحا أو تلويحا- مما لا تتوقف عليه صحه العقد، كالتعليق على الصفه التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و سيأتى.

و إما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحه العقد:

كـأن يكون المبيع مما يصـح تملكه شـرعا: بأن لا يكون خمرا، و لا خنزيرا أو يكون مما يصـح إخراجه عن الملك: بأن لا يكون وفقا، و لا أم ولد أو يكون المشترى ممن يصح تملكه: بأن لا يكون عبدا.

أو يكون البائع، أو المشترى ممن يجوز معه العقد: بأن لا يكون صبيا و لا مجنونا،

و لا ـ سفيها،- و هو الـذى يصـرف أمواله فى المصـارف اللاـغيه- و إذن فأقسام التعليق ثمانيه. انتهى ملخص كلام المصـنف مع التوضيح الإجمالى و الصحيح: أن يقسم التعليق إلى اثنى عشر قسما: بأن يقال: إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، أو يكون محتمل التحقق.

و على كلا التقديرين، فاما أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا، أو أمرا استقباليا.

و على التقادير الأربعه، فاما أن يكون الشرط- الذى علق عليه العقد-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۲

دخيلا فى مفهوم العقد، أو يكون دخيلا فى صحته، أو لا يكون دخيلا فى شى ء منهما، و يعبر عنه بالتعليق بالصفه.

ما هو حكم التعليق فى العقود؟

اشاره

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقـد فلاـ شـبهه فى صـحته: بـأن يقول البائع: إن كان هـذا مالى فقـد بعته بكـذا، و يقول المشترى: قبلت، فـإنه لا يتحقق مفهوم البيع إلا بكون المبيع ملكا للبائع، فهـذا النحو من التعليق أمر ضـرورى، و غير مضـر بصـحه العقد، سواء أ كان مذكورا فيه صريحا، أم لا. و عليه فلا شبهه فى صحه التعليق فى أربعه من تلك الأقسام المذكوره:

۱- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول، كقول الزوج لزوجته: إن كانت هـذه زوجتى فهى طالق، و من الواضـح أن عنوان الزوجيه دخيل فى صدور الطلاق من الزوج.

۲- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و معلوم الحصول فى ظرفه، كمـا إذا قـال البـائع للمشترى: بعتك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشترى يقبله.

۳- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليـا مع الجهل بتحققه، كما إذا قال رجل لامرأه: ان كانت هـذه زوجتى فهى طالق مع جهله بأنها زوجته.

۴- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقق فى ظرفه، كما

إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك هذا المتاع بكذا ان قبلت مع احتماله أن لا يقبله صاحبه.

و لا ريب فى صحه التعليق فى جميع هذه الصور الأربع، بديهه أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۳

ذكر الشرط فى الصيغه بصوره التعليق و عدمه سيان، لأن التعليق فى الكلام لا يزيد على الواقع بشى ء، ضروره أن واقع العقد و مفهومه معلق على الأمور المذكوره بحيث لولاها لم يتحقق- فى الخارج- مفهوم العقد أو الإيقاع أصلا و رأسا.

أما التعليق على ما يكون دخيلا فى صحه العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعه أقسام.

۱- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى الحال، كقول البائع: إن كان هذا الشى ء مما يملك فقد بعته بكذا درهما، مع علم البائع بكون ذلك الشى ء مما يملك.

۲- أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق فى المستقبل، كالتسليم و التسلم فى بيع الصرف و السلم، كقول البائع للمشترى بعتك هذه الشذره من الذهب بكذا درهما إن أخذتها و سلمت إلىّ الثمن.

۳- أن يكون المعلق عليه حاليا و مجهول التحقق، كالبلوغ و العقل و عدم الفلس.

۴- أن يكون المعلق عليه استقباليا. و مجهول التحقق، و لا ريب فى أن هذه الأقسام الأربعه من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضا، لأن صحه العقد واقعا متوقفه على الجهات المزبوره. و اذن فذكر المعلق عليه- فى تلك الأقسام- و حذفه سيان.

و على الجمله: إنه لا شبهه فى صحه العقد الذى كان معلقا على ما تتوقف عليه صحته. بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيرا. و لا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات، و لم يدل دليل على بطلان التعليق- هنا- لكى

يكون ذلک الدليل مخصصا لتلک العمومات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۴

و هذا هو الحجر الأساسی، و الركن الوثيق فی صحه التعليق فی الموارد المزبوره لا ما ذكره الشيخ فی المبسوط. من أن المنشئ لم يشترط الا ما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره بصوره الشرط، كما لو شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثمن، أو ما أشبه ذلک، لأن ما أفاده و ان كان لا بأس به فی نفسه، و لكنه لا يدفع محذور التعليق- لو كان فيه محذور- و من هنا أورد عليه المصنف، و قال نصا:

(ان المعلق على ذلک الشرط فی الواقع هو ترتب الأثر الشرعی على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام- الذی هو وظيفه المتكلم- فالمعلق فی كلام المتكلم غير معلق فی الواقع على شی ء، و المعلق على شی ء ليس معلقا فی كلام المتكلم على شی ء، بل و لا منجزا، بل هو شی ء خارج عن مدلول الكلام).

أما التعليق على الصفه- التی لا دخل لها فی تحقق عنوان العقد، و لا فی صحته- فهو أيضا على أربعه أقسام.

۱- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلا، كأن يقول البائع للمشتری: ان كان هذا اليوم يوم الجمعه فقد بعتک داری، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعه، و هذا لا شبهه فی صحته، و لا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع فی هذه الصوره من ناحيه التعليق. فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق، لا التعليق الصوری. و ما نحن فيه من القبيل الثانی، دون الأول.

۲- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فی المستقبل، و هو على قسمين، لأن إيقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط:

بمعنی أن البائع ینشئ المبادله فی ظرف تحقق ذلک الأمر المتأخر: بأن یقول: بعتک داری إذا دخل شهر رمضان، و یرید من ذلک تحقق البیع من حین دخول شهر رمضان، لا من الآن.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۶۵

و قد یکون من قبیل التعلیق- لا ـ الاشتراط- نظیر الواجب المعلق. کما إذا علق البائع بیعه من الآن علی تحقق ذلک الأمر المتأخر فی ظرفه أما الأول فهو مشمول للإجماع القائم علی بطلان التعلیق فی العقود و الإیقاعات.

أما الثانی فهو لا یزید علی الواقع بشی ء. للعلم بتحقق المعلق علیه فی ظرفه ففی الحقیقه لیس هنا تعلیق فی الکلام- و إن کانت الصوره صوره التعلیق- و إذن فیکون ذلک خارجا عن حدود الإجماع القائم علی بطلان التعلیق.

۳- أن یکون المعلق علیه محتمل التحقق فی الحال: بأن یقول أحد لغیره: إن کان هذا الیوم یوم الجمعه فقد بعتک فرسی حیث إن البائع قد علق بیع فرسه علی کون هذا الیوم یوم الجمعه.

۴- أن یکون المعلق علیه محتمل الحصول فی المستقبل و لا یخفی علیک أن هذین القسمین أیضا باطلان لدخولهما فی معقد الإجماع المزبور.

و المتحصل مما بیناه: هو أن الإجماع الذی ادعاه الفقهاء علی بطلان التعلیق إنما هو فی الأقسام الثلاثه الأخیره.

أما العقود المشتمله علی غیر هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الإجماع فیها علی البطلان، فهی مشموله للعمومات الداله علی صحه العقود و لزومها، و إذن فلا ـ بد من البحث- هنا- فی هذه الأقسام الثلاثه، و ملاحظه ما استدل به علی بطلان العقود مع التعلیق فیها من إجماع أو غیره، فان کان فی تلک الأدله ما یصلح لتخصیص العمومات المزبوره أخذ به، و إلا فهی محکمه فی المقام.

مصباح

الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۶

ما استدل به على بطلان التعليق فى العقود

اشاره

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق فى العقود بوجوه شتى:

الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلک،

حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء، و قد عرفت كلماتهم قريبا.

و يتوجه عليه: أن الإجماع إنما يكون حجه مع القطع بكونه مستندا إلى رأى الإمام (ع) و من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى دعواهم الإجماع- هنا- إلى الوجوه الاعتباريه التى استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق

الوجه الثانى: أن التعليق فى العقود أمر غير معقول،

و عندئذ لا يوجد عقد تعليقى- فى الخارج- لكى يبحث عن صحته و فساده، فلا بد من إيجاده منجزا.

و يتوجه عليه: أن المستحيل إنما هو التعليق فى الإنشاء، بديهه أن الإنشاء- بأى معنى كان- قد فرض وجوده فى الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شى ء ما، لأن ما وجد فى الخارج يمتنع عدمه، فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقدير، و معدوما على تقدير آخر.

و على الجمله: إن الإنشاء أمر لا يقبل التعليق، بل هو إما أن يوجد، و إما أن لا يوجد. و لكن هذا خارج عن مركز بحثنا، لأن كلامنا ليس فى التعليق فى الإنشاء.

أما التعليق فى المنشأ- الذى هو محلّ البحث فى المقام- فلا شبهه فى إمكانه. بل إن وقوعه فى الأحكام العرفيه و الشرعيه فوق حد الإحصاء، ضروره أن الأحكام الشرعيه و القوانين العرفيه أكثرها من قبيل القضايا الحقيقيه، و من سنخ الأحكام التى هى مشروطه بوجود موضوعها. و قد وقع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۷

ذلک فى العقود و الإيقاعات على نحو الإيجاب الجزئى، كالوصيه، و التدبير، و النذر، و العهد، و اليمين.

و الحاصل: أن إمكان تقييد المنشأ، و تعليقه بشى ء، و وقوع ذلک من البديهيات. و إنما الكلام فى صحه العقد أو الإيقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيدا

الوجه الثالث: أن الظاهر من آيه وجوب الوفاء بالعقد- كسائر الخطابات الوضعيه و التكليفيه- أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على

تحقق موضوعه خارجا،

و لا ـ ينفـك عنه زمانـا و هـذا يقتضـى وجوب الوفاء بكل عقـد فعلى لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلا بالعقود التعليقيه، و عليه فيكون ذلـك خارجـا عن حـدود مـدلول الآـيه. و المفروض أنه ليس هنـا خطـاب آخر يقتضـى وجوب الوفـاء بالعقود التعليقيه، فتكون باطله.

و قد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديده:

١- أن ما دل على

صحه العقود و لزومها غير منحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد، بل تدل على ذلك أيضا آيه حليه البيع، و دليل السلطنه، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه أولا: أن آيه حليه البيع مختصه بالبيع، فيبقى غيره- من العقود التعليقيه- خاليا عن دليل الصحه.

أما دليل السلطنه فهو ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء، على أنه لا يجرى فى مثل النكاح.

ثانيا: أن ما ادعاه المستدل- من ظهور آيه وجوب الوفاء بالعقد فى ترتب الأثر من حين تحقق العقد- يجرى فى آيه حل البيع، و دليل السلطنه أيضا، فهما يدلان على ترتب الملكيه من حين تحقق البيع، أو عقد آخر، و لا يدلان على صحه البيع أو غيره من العقود المعلقه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ۶٨

٢- أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد و عليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فان كان العقد منجزا وجب الوفاء به منجزا و ان كان معلقا لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن فى وجوب الوفاء بالنذر و العهد و غيرهما و السر فى ذلك: أن أدله وجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظره إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق فى الخارج، سواء فيه المنجز و المعلق.

و على الجمله. أن الإمضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإذا كان البيع- مثلا- مطلقا فأثره الشرعى الملكيه المنجزه غير المشروطه بشى ء. فإذا كان معلقا فأثره الشرعى الملكيه المعلقه، و هذا واضح لا ستار عليه. انتهى ملخص ما أفاده. و هذا الوجه متين جدا.

٣- أنه قد وقع فى الشريعه المقدسه تخلف الأثر عن العقد فى موارد شتى: كبيع الصرف و السلم و الوصيه، و المعاملات المعاطاتيه بناء على

إفادتها الإباحه مع قصد الملكيه. فلتكن العقود المعلقه من تلكم المذكورات و عندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه، و إلا لزم القول بفساد المعاملات المزبوره، انتهى حاصل كلامه.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۳، ص: ۶۸

و يرد عليه: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود، لأن صحتها من ناحيه الدليل الخاص، فلا مورد للنقض.

۴- أن الدليل المذكور أخص من المدعى، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر خارجى غير دخيل فى تحقق العقد كقولك بعتك كتابى هذا بدينار إن قدم الحاج.

أما إذا كان التعليق على أمر حالى، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت، فإنه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد. انتهى حاصل ما أفاده.

و هذا الوجه أيضا متين على تقدير أن يلتزم القائل- بإبطال التعليق-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۶۹

بالبطلان فى مثل ذلك أيضا. و لكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام، و عليه فلا يتوجه ما أفاده المصنف (ره).

۵- أن الدليل المذكور أيضا أخص من المدعى، من جهه أنه لا يجرى فى التعليق على الشرط الذى يشك فى تحققه فى الحال فان تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع. و عليه فان انكشف وجود المعلق عليه فى الواقع فيحكم بصحه العقد من حين تحققه، و إلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفا على الشرط، لكى يلزم منه تخلف الأثر عن العقد. انتهى الملخص من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

۶- أن ذلك الدليل لا يجرى فى غير البيع من العقود- التى يتأخر

مقتضاها عنها بحسب طبعها- كالوصيه و التدبير و السبق و الرمايه و الجعاله، و من البين أن مورد البحث- هنا- لا ينحصر بالبيع و لا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط فى كل عقد دليل مستقل لكى يلتزم فى بعضه بجواز التعليق، و فى بعضها الآخر بعدم جوازه. انتهى الحاصل من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفيه،

فلا بد و أن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن، و هو السبب الخالى عن التعليق.

و يتوجه عليه: أنه لا وجه لأخذ القدر المتيقن فى أمثال الموارد بديهه أن العمومات و المطلقات إنما تدل على صحه كل ما صدق عليه عنوان العقد.

نعم لو كان الدليل على صحه العقود هو الإجماع أو السيره لكان للتوهم المزبور وجه وجيه.

الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ

من أن العمومات الداله على صحه العقود منصرفه عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهه أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف و العاده فى عهودهم المتعارفه و عقودهم المرسومه بين عامه الناس- و إن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۰

مست الحاجه إليه أحيانا فى العهود الواقعه بين الدول و الملوك- و عليه فلا تكون العهود المعلقه مشموله لأدله صحه العقود، للشك فى صدق عنوان العقد عليها عرفا.

و الجواب عن ذلك: أن هذا الوجه ممنوع كبرى و صغرى: أما الوجه فى منع الكبرى فلأن الانصراف لو صح- فإنما يتم فى المطلقات، بدعوى أن ثبوت الإطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمه، فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا فى الخارج، و متساوى الأقدام مع بقيه الأفراد كان ذلك قادحا فى انعقاد الإطلاق للمطلق، بديهه أن عدم تساوى الأفراد شى ء يصلح للقرينيه على عدم إراده الإطلاق، و إذن فلا يصح التمسك به فى أمثال ذلك.

الا أن هذه الدعوى لا تجرى فى العمومات الداله على صحه كل عقد، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمه، إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع- على ما حقق فى محله- و عليه فلا مانع من كون العقود المعلقه مشموله لتلك العمومات.

أما الوجه فى منع الصغرى فلانا لو سلمنا وجود الانصراف، و لكن لا

نسلم كون العقود المعلقه من العقود غير المتعارفه، ضروره أنها واقعه فى العرف كثيرا، كتعليق البيع على إجازه الأب، أو الصديق، أو الجار أو غير ذلك. و قد تقدمت الإشاره إلى هذا قريبا.

و نتيجه البحث: أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق، لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لأدله صحه العقود، و عليه فالعمده فى المقام هو الإجماع فإن تم فهو، و إلا فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات. و قد عرفت عدم تماميه الإجماع فى المقام، و من هنا جزم المحقق القمى بصحه الوكاله المعلقه.

و حكى التأمل فى بطلانها عن المحقق الأردبيلى و الكفايه على ما عرفته فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧١

طليعه البحث.

هل يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول؟

اشاره

قوله: (و من جمله شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول)

أقول التطابق بين الإيجاب و القبول يتصور على أنحاء:

١- أن يكون ذلك من ناحيه عنوان المعامله:

بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه: بعتك دارى بكذا، و يقول صاحبه: قبلت البيع بكذا، فلو قال:

قبلت الهبه بكذا لبطل العقد، بديهه أن العقد أمر وحدانى مركب من الإيجاب و القبول، فإذا إنشاء أحد المتعاملين البيع، و قبل الآخر الهبه، لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر، فلا تتحقق بينهما معاقده و معاهده، بل يكون عهد كل منهما بعيدا عن عهد الآخر، ضروره أن ما أنشأه الموجب لم يقبله القابل، و ما قبله القابل لم ينشئه الموجب.

و من هنا قال شيخنا الأستاذ: إن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من القضايا التى قياساتها معها.

٢- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه المبيع:

بأن يقول أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك عبدى بكذا، و يقول الآخر قبلت هكذا. و لو قال قبلت بيع الجاريه بكذا لبطل العقد، لما عرفته قريبا من أنه مع الاختلاف- بين الإيجاب و القبول- لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، لكى يتحقق هنا عقد مركب من الإيجاب و القبول.

۳- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشترى،

فلو قال زيد لعمرو: بعتك دارى بكذا، و يقول عمرو: قبلت البيع لخالد، أو يقول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۲

خالد: قبلت البيع لنفسى بكذا لبطل العقد، لعدم ورود الإيجاب و القبول على مورد واحد، كما عرفته فى القسمين السابقين.

و قد يتوهم: أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول فى الصوره الثالثه ينافى لما أسلفناه فى تعريف البيع، من أنه تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه ضروره أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا- يلاحظ البائع الخاص، و لا أن يلاحظ المشترى المعين فى تحقق مفهوم البيع، بل مقتضى التعريف المزبور أن لا يلاحظ فى ذلك كون البائع مالكا للمبيع، و كون المشترى مالكا للثمن و من هنا نحكم بصحه المعامله الفضوليه.

و لا يقاس البيع- فى ذلك- بالنكاح، إذ لا بد فى النكاح من التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى الزوجين، فان منزلتهما- فى عقد الزواج- منزله العوضين- فى البيع- و قد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الإيجاب و القبول من ناحيه العوضين.

و لكن هذا التوهم فاسد، ضروره أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى البائع الخاص و المشترى الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجيه.

أما إذا كان أحدهما كليا فى الذمه، فإنه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و

المشترى، ضروره أن ذمم الأشخاص مختلفه بحسب قوه الوثاقه و ضعفها، إذ رب شخص لا يعتمد عليه فى الأمور الحقيره، و رب شخص تطمئن إليه النفس فى الأمور الخطيره.

و عليه فإذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين دينارا فى الذمه، فإنه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره، و لا لغيره أن يقبله لنفسه، ضروره أن ذمه عمرو غير ذمم بقيه الأشخاص، فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۳

ببقيه الذمم، و إذن فالإخلال بالتطابق فى الصوره الثالثه أيضا موجب للبطلان ففى الحقيقه يرجع اعتبار التطابق فى هذه الصوره إلى اعتبار التطابق فى الصوره الثانيه.

۴- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه الشروط المذكوره فى العقد

فإذا خالف الإيجاب القبول فى ذلک قيل بصحه العقد حينئذ، و ثبوت الخيار للمشروط له، نظرا إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد، و إنما هو التزام فى التزام آخر.

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق فى هذه الصوره أيضا.

و الوجه فى ذلک: ما نذكره فى مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط فى العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشى ء، أو إلى تعليق لزومه على شى ء، أو تعليقهما معا أما الأول فكاشتراط شرط فى عقد الزواج أما الثانى فكاشتراط الكتابه فى العبد المبيع، أما الثالث فكاشتراط عمل فى البيع و نحوه.

و نذكر فى المبحث المذكور: أن تعليق اللزوم يرجع الى جعل الخيار، و جعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، و فى جميع ذلک يكون عدم التطابق موجبا للبطلان.

۵- التطابق بين الإيجاب و القبول فى أجزاء المبيع و الثمن،

و عليه فلو قال البائع: بعتک دارى بخمسين دينارا، و قال المشترى: قبلت البيع فى نصف المبيع بخمسه و عشرين دينارا فقد حكم شيخنا الأستاذ ببطلان البيع فى هذه الصوره أيضا.

و إليک نص مقرر بحثه: (و مما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبه إلى التوابع و الشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط. و قبل الآخر بلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۴

شرط، أو باع البائع عبدين، و قبل المشترى أحدهما و غير ذلک مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضا، لعدم ارتباط كلام

أحدهما بالآخر).

أقول: إن مرجع بيع الدار بخمسين دينارا إلى بيع كل نصف منها بخمسه و عشرين دينارا، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشترى أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقه من جهه الشرط، و قد مر حكمه

هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

اشاره

قوله: (و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء).

أقول: قد اعتبر المصنف- فى صحه العقد- وقوع كل من الإيجاب و القبول فى حال يجوز لكل من المتبايعين الإنشاء فى تلك الحال، و عليه فلو كان المشترى فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع- حال قبول المشترى- عن قابليه الإيجاب لم ينعقد العقد بينهما، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه.

و قال شيخنا الأستاذ: إن هذا الشرط- كسابقه- من القضايا التى قياساتها معها، بديهه أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد. و لا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده و

على هـذا فلو نـام المشترى حين إنشـاء البائع أو بالعكس لم يصـح العقـد و دعوى الصـحه فى العقود الجائزه، دعوى جزافيه، لأن القول بالصحه إنما هو فى العقود الإذنيه فقط، دون العقود العهديه. انتهى ملخص كلامه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۵

و يتوجه عليه: أن العقـد ليس من مقوله الأفعـال و لاـ من مقوله الألفـاظ الخـارجيه، و لاـ من الاعتبارات النفسـيه المحض، بل هو عبـاره عن ارتبـاط التزام أحـد المتعاقـدين بـالتزام الآخر، و إظهاره بمبرز خارجى، و لا شـبهه فى صـدق عنوان العقـد على هـذا، فيكون مشـمولا للعمومات و المطلقات، و لم يدل دليل من الكتاب، و السـنه، و الإجماع، و السـيره على كون كل من المتعاقدين واجدا لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء، دون الفاقد لها.

و قـال الفقيه الطباطبائى- عنـد قول المصـنف: و من جمله الشـروط فى العقـد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل منهمـا الإنشـاء-: إنه (لاـ دليـل على هـذه الكليه، و عـدم صـدق المعاقـده و المعاهـده انمـا يتم فى بعض الفروض، كمـا لو كـان المشترى فى حـال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، و أما فى بقيه الصور فنمنع عـدم الصـدق خصوصا فيما إذا نام البائع بعـد الإيجاب مع علمه بـذلك، و أن المشترى يقبل لا محاله، و كـذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقه أو السفه).

و لكن التحقيق يقتضـى الالتزام بالصحه إذا فقد المشترى شرائط صحه الإنشاء حال إنشاء البائع، و بالفساد فى عكسه. و الوجه فى ذلك: أن المناط فى تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام

البـائع بـالتزام المشترى- و قـد عرفته سابقـا- و عليه فـإذا أنشـأ البـائع حال كون المشترى نائما- أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشـترى إلى هـذا الإنشـاء فقبله قبـل صـدور ناسـخه من البـائع- صـدق عليه عنوان العقـد جزمـا، و يحكـم بصـحته للعمومـات و المطلقات الداله على صحه العقود.

بل تدل على ذلك السيره الواقعه بين التجار، لأن المتعارف فيما بينهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۶

- غالبا- أن يكتب بعضـهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمه معينه، و يقبله المكتوب اليه، مع أنه ربما يكون- عنـد كتابه البائع- نائما أو غافلا أو مجنونا، و لا شبهه فى صحه هذه المعامله.

أمـا إذا لم يبق البـائع على الشـرائط حين قبول المشترى حكم بفسـاد العقـد إذ يرتفع التزام البـائع بانتفـاء شـرائط الإنشاء عنه، و لا يتصل التزامه بالتزام المشترى، إلا فى مثل النوم و الغفله، فإنهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسـيره المزبوره. و هذا واضح لا شـك فيه.

بحث استطرادى فى لحوق الرضاء بالبيع الإكراهى

قوله: (ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضاء لبيع المكره).

أقول:

حاصـل كلامه: أن مـا ذكرنـاه- من اعتبار أن يكون كل من المتعاقـدين واجـدا للشـرائط عنـد تحقق الإنشاء من الآخر- يقتضـى بطلان عقد المكره سواء ألحق به الرضاء من المكره- بالفتح- أم لا، و لكن التزم الأصـحاب بصـحه ذلك مع لحوق الرضاء به. و لعل هذا من جهه الإجماع القائم على خلاف الأصل و القاعده.

و يتوجه عليه: أن بيع المكره المتعقب بالرضـاء- و إن خرج من القاعـده المزبوره- إلاـ أن خروجه عنهـا ليس من جهه الإجمـاع، بديهه أن الإجماع لا يصحح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفا.

و إنما الوجه فى صحه بيع المكره- مع لحوق الرضاء به- هو أن الاختيار

له معنيان:

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۷

۱- أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته، و يقابله صدور الفعل منه بلا اختيار و شعور، كحركه المرتعش.

۲- أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله، و يقابله كونه مجبورا فى فعله و مكرها عليه من ناحيه شخص آخر.

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهه فى اعتباره فى العقود، لأنا ذكرنا مرارا: أن حقيقتها- بل حقيقه جميع الأمور الإنشائيه- متقومه بالاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى و من الواضح جدا أنه إذا انتفى القصد و الالتفات من المتعاقدين انتفى منهما الاعتبار النفسانى، و إذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظا ساذجا، و غير مظهر للاعتبار النفسانى. و من البيّن الذى لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد.

أما الاختيار بالمعنى الثانى فلا دليل على اعتباره فى حقيقه العقد ضروره أن الإراده و الاختيار- بهذا المعنى- من الأمور النفسانيه التى لا تطلع عليها غير علام الغيوب، و عليه فلا يعقل أن تقع موردا للإجبار.

و من هنا ذكر المصنف- فى البحث عن جواز الكذب عند الضروره- أن المكره على إنشاء العقود إنما أكره على التلفظ بصيغه البيع، و لم يكره على إنشاء حقيقه البيع، فالإكراه على البيع الحقيقى يختص بغير القادر على التوريه، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها.

و عليه فإذا كان شخص مكرها على البيع، و لم يورّ- مع قدرته على التوريه- فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره. انتهى ملخص كلامه.

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك فى المبحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك.

و كيف كان أن المكره على البيع- مثلا- إنما أكره على التكلم بكلمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۷۸

بعت من غير أن يجبر على قصد معناه. و حينئذ فإذا تكلم بذلك مع القصد و الالتفات إلى المعنى كان هذا بيعا حقيقه، لأن شأن الأمور الإنشائيه فى ذلك شأن الأفعال التكوينيه. فكما أن المكره على إيجاد فعل تكوينى فى الخارج لا يخلو عن القصد و الإراده،- و لا ـ يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم و الساهى و المجنون و أمثالهم- كذلك الحال فى الأفعال الإنشائيه.

نعم صحه العقود و الإيقاعات تدور مدار صدورها من المنشئ فى حال الرضاء، و طيب النفس، للأدله الداله على ذلك، و إذا انتفى الرضاء فسدت العقود و الإيقاعات، و لم يترتب عليها أثر شرعى أصلا.

و على الإجمال: إن اعتبار الرضاء فى صحه العقود و الإيقاعات اعتبار شرعى، و ليس ذلك من جهه دخله فى مفهوم العقد و إلا لم يلتزم بعض العامه «۱» بصحه عقد المكره، ضروره أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقدا صحيحا.

و على هذا الضوء فصحه بيع المكره مع لحوق الرضاء به ليست من جهه الإجماع، بل من جهه موافقته للقاعده.

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن و اللاحق، و سيأتى توضيح ذلك فى البحث عن بيع المكره و هذا بخلاف المعاملات الصادره من المجنون و الغافل و المغمى عليه و أشباههم، فإنه لا يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها، إذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات، و لا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها. بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود و الإيقاعات، إلا أن يكون الإطلاق بنحو من العنايه و المجاز.

---

(۱) سنذكر ما ذهب اليه

هذا البعض فى البحث عن بيع المكره.

و أيضا يدلنا أمران على دخل الرضاء- بالمعنى الثانى- فى صحه العقد، لا فى مفهومه:

۱- أنه لو كان شخص مكرها على إجراء الصيغه لعقد خاص لحكم بصحه ذلک العقد، و من الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون و شبهه لحكم بفساده، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه.

۲- أنه قد استدل الامام (ع)- فى صحيحه البزنطى «۱»- بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه و صدقته، و من البيّن الذى لا ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الامام (ع) بالبطلان من جهه عدم تحقق العناوين المذكوره فى الخارج، و لم يحكم بعدم صحتها من جهه حديث الرفع، بديهه أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى و سيأتى تفصيل هذه المسأله فى البحث عن بيع المكره إنشاء اللّه تعالى.

بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد

قوله: (فرع لو اختلف المتعاقدان- اجتهادا أو تقليدا- فى شروط الصيغه).

أقول: إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغه فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟.

أم يعتبر فى ذلک أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل و الانتقال؟.

---

(۱) تقدمت هذه الصحيحه فى ص ۱۰.

مثلا: إذا فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب- مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسيه- حكم بفساد العقد الفارسى إذا تقدم قبوله على إيجابه، و فى غير ذلک يحكم بالصحه.

و يتوجه على الوجه الأخير: أن عدم وجدان القائل بالصحه لا يوجب الجزم بالبطلان، إذ من المحتمل

القریب أن یکون العقـد الفارسـی- الـذی تقدم فیه القبول علی الإیجاب- موافقا للواقع، و علیه فیکون اجتهاد کل من المتعاقدین صحیحا فی نفس الأمر.

أما الوجهان الأولان فقد ذکر المصـنف (ره) أنهما مبنیان علی أن الأحکام الظاهریه هل هی بمنزله الأحکام الواقعیه الاضـطراریه لکی تکون نسبه الأمارات القائمه علیها نسبه الأسباب إلی مسبباتها، و نسبه الموضوعات إلی أحکامها؟.

أم هی أحکام عـذریه: بمعنی أن العامل بها یکون معذورا فی عمله لا أنها أحکام حقیقیه قبال الأحکام الواقعیه، غایه الأمر یکون العامل بها معذورا فی عمله قبل کشف الخلاف؟.

و علی الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أیضا و لو کان أحدهما مخالفا للآخر.

و علی الثـانی فلاـ یترتب علیه أثر أصـلا و رأسـا، لأـن المنشـئ و إن رأی ترتب الأـثر علی إنشـائه، إلاـ أن صـاحبه یراه مخطأ فی اجتهاده، و لاغیا فی إنشائه، و حینئـذ فلا یترتب علیه الأثر فی نظره. هـذا کله فیما إذا کان بطلان العقـد عنـد کل من المتعاقـدین المتخالفین مستندا إلی فعل الآخر، کالعربیه و الصراحه و الماضویه و الترتیب.

أما الموالاه، و التنجیز، و بقاء المتعاقدین علی صفات صحه الإنشاء إلی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۸۱

آخر العقد، فالظاهر أن اختلافهما فی ذلک یوجب فساد العقد، ضروره أن فساد العقد من ناحیه الأمور المذکوره یسری من أحد الجانبین الی الجانب الآخر.

و ذلـک من جهه أن قبول الإنشـاء التعلیقی تعلیقی، و أن القبول المنفصـل عن الإیجاب بزمان- عنـد من لا یعتبر التوالی- یوجب الانفصال بینهما عند من یعتبر ذلک، و أن قبول الإیجاب الصادر ممن لیست له أهلیه الإنشاء یکون معامله مع شـخص خارج عن أهلیه الإنشاء.

و علی الإجمال إن فساد أحد جزئی العقد

و إن كان لا يسرى الى الجزء الآخر. إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر. و هذا واضح لا خفاء فيه. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضويه و العربيه و الصراحه، بل هى مثل الموالاه و التنجيز، بديهه أن التقدم و التأخر من الأمور المتضائفه، فإذا تقدم القبول على الإيجاب فقد تأخر الإيجاب عن القبول ثانيا: أن الأحكام الظاهريه الاجتهاديه ليست بمنزله الأحكام الواقعيه الاضطراريه، و إلا لزم التصويب. و هذا ظاهر.

ثالثا: أن الاختلاف فى طريقيه الأمارات، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبه الى من قامت عنده الأماره، فإنه على القول بالطريقيه لا يجوز الاجتزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف و على القول بالموضوعيه يلتزم بالاجزاء. و قد تقرر هذا فى مبحث الاجزاء من علم الأصول.

أما بالنسبه الى غير من قامت عنده الأماره فالاكتفاء بمفادها يحتاج الى دليل ليدل على أن الحكم الظاهرى فى حق كل أحد حكم واقعى نافذ فى حق غيره: بأن يقال: إن من كانت صلاته صحيحه ظاهرا- عند نفسه فللآخر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۲

أن يرتب عليها آثار الصحه الواقعيه، فيجوز الايتمام به.

و لكن لا دليل على هذه الكبرى الكليه إلا فى جمله من الموارد:

منها ما إذا أسلم الزوجان، أو زوج الكتابيه حكم ببقاء النكاح السابق للأخبار الكثيره «۱».

و منها ما إذا اعتقد أحد بصحه العقد الفارسى، و تزوج امرأه به لم يجز لغيره أن يتزوج بهذه المرأه ما دامت فى حبال الزوج الأول، للسيره القطعيه المتصله بزمان المعصومين (ع).

و منها غير ذلک من الموارد التى دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم الظاهرى موضوع للحكم بالنسبه إلى غيره.

و

من هنـا لم ينـاقش أحـد من الفقهاء- الملتزمين باعتبار العربيه فى الصـيغه فى نكاح الأشـخاص القائلين بجواز الإنشاء بغير اللغات العربيه. و كذلك لم يناقش القائل باعتبار الماضويه فيها فى نكاح القائل بجواز الإنشاء بغير الماضى.

و هكـذا فى سائر شـرائط العقد التى هى مورد لاختلاف الفقهاء رضوان اللّه عليهم و المتحصل من جميع ما ذكرناه: هو أن مجرد كون مفـاد الأماره حكما حقيقيا فى حق الموجب، أو القابل لا يجـدى شـيئا فى المقام. بل لا بـد و أن يكون ذلك حكما حقيقيا فى حق غيره أيضا، لأنه أحد طرفى العقد.

و قد ناقش فى ذلك بعض مشايخنا المحققين، و ملخص كلامه: هو أن الأماره إذا قامت على حكم تكليفى فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبه الى من قامت الأماره عنده على الخلاف دون غيره.

و عليه فيمكن أن يكون الشـى ء حلالاـ بالإضافه الى أحـد و حراما بالإضافه إلى شـخص آخر- مثلا- إذا قامت الأماره على حليه العصير التمرى بالغليان

---

(۱) المرويه فى الوافى ج ۱۲ ص ۹۱

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۳

عنـد أحد لم يوجب هذا إلا الحليه الواقعيه بالإضافه الى من قامت عنده الأماره على الحليه دون غيره ممن لم تقم الأماره عنده. و إذن فليس لغيره ترتيب أثر الحليه إذا كان من فى يده العصير يرى حليته.

و هـذا بخلاف الأحكام الوضـعيه، فإنها إذا تحققت فى حق أحـد- و لو من جهه قيام الأماره عنده- تحققت فى حق الجميع. فإذا اشترى- من يرى جواز العقد بغير العربى- شيئا بالعقد الفارسى حكمنا بكونه ملكا له واقعا، بناء على القول بالسببيه و الموضوعيه. و مع تحقق الملكيه واقعا فى اعتبار الشارع- كما هو المفروض- جاز لكل

أحد ترتيب الأثر على تلك الملكيه.

و حينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذا فى حق غيره أيضا.

و من هنا لا يكون- فى هذه الموارد- كشف خلاف أصلا، بل بتبدل الرأى يتبدل الموضوع لا محاله.

و قد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام، و بين ما إذا قامت الأماره على وجوب صلاه الجمعه- مثلا- فان قيام الأماره و إن كان يوجب- على الفرض- أن تكون صلاه الجمعه واجده للمصلحه الإلزاميه، إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحه الموجوده فيها بدلا عن المصلحه الواقعيه.

و على هذا فإذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحه الواقعيه باقيه على حالها، فيجب تحصيلها. و ليست- فى باب المعاملات- مصلحه لازمه التحصيل لكى يجرى فيها هذا البيان. انتهى ملخص كلامه.

أقول: هذا الذى أفاده المحقق المزبور و إن كان متينا بناء على السببيه إلا أنا ذكرنا- فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهريه و الأحكام الواقعيه من علم الأصول- أن الالتزام بالموضوعيه و السببيه حتى السببيه السلوكيه- التى اخترعها المصنف فى رسائله- مستلزم للتصويب، و إذن فلا يمكن الالتزام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۴

بذلك. فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقيه المحض فى جعل الأمارات، و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحه من جانب، و بالفساد من جانب آخر.

و قد يقال إن العقد فعل واحد تشريكى يحصل من الإيجاب و القبول، و عليه فلا بد و أن يكون صحيحا فى مذهب كل منهما لكى يمكن ترتب الأثر عليه فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسى لمن يرى بطلانه.

و قد يقال أيضا: إن العقد مركب من الإيجاب و القبول، فلا يتحقق مفهومه إلا بهما، و حينئذ فإذا صح من طرف الموجب

صحّ من طرف القابل أيضا إذ لا يعقل وقوعه صحيحا من جانب و فاسدا من جانب آخر.

و لكن التحقيق: هو ما ذكرناه- من الحكم بالصحه من جانب و بالفساد من جانب آخر- ضروره أن العقد و إن كان متقوما بالإيجاب و القبول، إلا أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم- فى الصحه أو الفساد- بحسب الحكم الواقعى، لأنه لا يمكن فى الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشترى، و لا ينتقل الثمن إلى البائع أما بالنسبه إلى الحكم الظاهرى فلا مانع من الالتزام بالتفكيك: بأن يعمل كل من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهريه.

مثلا: إذا كان البائع مقلدا لمن يقول بصحه العقد بالفارسى و كان المشترى مقلدا لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف فى الثمن، لأنه يراه ملكا لنفسه، و لا يجوز له أن يتصرف فى المبيع، لأنه خارج عن ملكه فى نظره.

أما المشترى فلا يجوز له التصرف فى المبيع، لأنه لا يراه ملكا لنفسه بل يراه ملكا لمالكه الأول.

و لا عجب فى ذلك، لأن التفكيك فى الأحكام الظاهريه مما لا يحصى،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۵

فان الماء القليل ينفعل بالنجاسه عند بعض، و لا ينفعل بها عند بعض آخر، و ماء البئر ينفعل بملاقاه النجس عند قوم، و لا ينفعل بها عند قوم آخرين و الغساله محكومه بالنجاسه عند فقيه، و بالطهاره عند فقيه آخر. و إلى غير ذلك من الموارد الكثيره التى وقع فيها التفكيك فى الأحكام الظاهريه.

بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه

اشاره

قوله: (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه)

أقول: قد طفحت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقابض، بل هو مضمون عليه:

فعنى غصب المسالك: الاتفاق على أن

المقبوض بالعقد الفاسد يضمن.

و عن غصب الكفايه. أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب.

و عن التذكره: البيع الفاسد لا يفيد ملكيه المشترى للمعقود عليه.

و لو قبضه لم يملكه بالقبض، و لو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع.

و عن كشف الحق: أنه ذهبت الإماميه أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه، و لا يصح شى ء من تصرفه.

و عن السرائر: أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان. و إلى غير ذلك من كلماتهم المذكوره فى هذه المسأله.

و ذكر المصنف: أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۶

أما العقد السلبى-: أعنى به عدم الملك- فلأن المؤثر فى حصول الملكيه إنما هو العقد، فإذا حكم بفساده و صيرورته كالمعدوم لم يؤثر فى الملكيه.

أما العقد الإيجابى-: أعنى به ثبوت الضمان على القابض- فهو المعروف بين الأصحاب. بل ادعى الشيخ- فى باب الرهن، و فى موضع من البيع- الإجماع عليه صريحا. انتهى ملخص كلامه.

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف:

(و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث إنمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف، لا كالمتلف).

اختصاص محل البحث بالتلف، و عدم شموله للإتلاف، بديهه أن الضمان فى صوره الإتلاف أمر واضح، و غير خفى على طلبه العلم فضلا عن الفقيه المتضلع من الفقه.

و وجه الاستظهار: هو أن الظاهر كون العباره المذكوره جوابا عن سؤال مقدر. و هو أن مورد الخبر الآتى- الوارد فى الأمه المبتاعه- من قبيل الإتلاف، فيخرج عن مورد بحثنا- فى المقام- لأن البحث- هنا- مختص بالتلف السماوى. أما الإتلاف فلا شبهه فى كونه موجبا للضمان، لقاعده

من أتلف و أجاب المصنف عن ذلك بقوله: و ليس استيلادها إلخ.

و يرد عليه: أنه لا وجه للفرق بين التلف و الإتلاف، ضروره أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعا عن ثبوت الضمان باليد كان مانعا عن ثبوت الضمان بالإتلاف أيضا، و عليه فلا وجه للتفرقه بين صورتى الإتلاف و التلف بالالتزام بالضمان فى الثانيه، دون الاولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۸۷

ما هو مدرك الضمان فى قاعده ما يضمن؟

اشاره

قد ذكر المصنف:

(أن هذه المسأله-: أعنى بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد- من جزئيات القاعده المعروفه: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. فالمهم بيان معنى القاعده أصلا و عكسا)

ثم أطال الكلام فى ذلك من حيث الشرح و التفسير و من حيث النقض و الإبرام. و من حيث الاطراد و الانعكاس.

و لكن التحقيق: أنه لا يهمنا البحث فى شى ء من هذه النواحى ضروره أن هذه القاعده بألفاظها المذكوره لم ترد فى آيه، و لا فى روايه، و لا أنها جعلت موردا للإجماع، لكى يبحث عنها، و عن مفردات ألفاظها، و عن سعه دلالتها.

بل هذه القاعده غير مغروسه- بالألفاظ المزبوره- فى كلمات القدماء و إنما وجدت و حدثت فى كلمات المتأخرين. و إذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركا لهذه القاعده و دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكى يتضح من ذلك ما هو المدرك لقاعده ضمان اليد أيضا.

فنقول: إنه استدل على الضمان- فى محل الكلام الذى سيتضح لك قريبا- بوجوه شتى:

۱- النبوى المعروف:

أعنى به قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه [۱] و يرد عليه: أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر فى أصولنا

---

[۱] رواه سمره بن جندب عن النبى (ص). راجع سنن البيهقى ج ۶ كتاب العاريه ص ۹۰. و كنزل العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

المعده لضبط الأحاديث، و إنما أخذه الأصحاب من أصول العامه، و استدلوا به على مقصودهم فى كتبهم الاستدلاليه، و إذن فلا يمكن الاستناد إليه فى شى ء من الأحكام الشرعيه، فضلا عن جعله من القواعد المسلمه بين الفقهاء، و تسميته

بقاعده ضمان الید.

و دعوی أن الحدیث المزبور و إن کان ضعیف السند، و لکن ضعفه منجبر بعمل المشهور به، و إرسالهم إیاه إرسال المسلمات.

دعوی فاسده، لأنا ذکرنا مرارا: أن عمل المشهور بروایه ضعیفه لا یوجب اعتبارها. کما أن إعراضهم عن العمل بالروایه الصحیحه لا یوجب

- ثم إن سمره هو الذی انحرف عن أمیر المؤمنین (ع) و کان أیام مسیر الحسین (ع) إلی الکوفه علی شرطه ابن زیاد، و کان یحرض الناس علی الخروج إلی الحسین (ع) و قتاله.

و عن ابن عدی، قال قدمت المدینه، فجلست إلی أبی هریره، فقال: ممن أنت؟ قلت: من أهل البصره، قال: ما فعل سمره بن جندب؟ قلت: هو حی، قال: ما أحد أحب إلیّ طول حیاه منه، قلت: و لم ذاک؟ قال: إن رسول اللّه (ص) قال لی، و له، و لحذیفه بن الیمانی: آخرکم موتا فی النار.

و روی واصل انه کان له نخل فی بستان رجل من الأنصار، فکان یؤذیه، فشکا الأنصاری ذلک إلی رسول اللّه (ص) فبعث إلی سمره، فدعاه، فقال له:

بع نخلک من هذا، و خذ ثمنه قال: لا- افعل، قال خذ نخلا مکان نخلک قال لا افعل قال فاشتر منه بستانه، قال: لا افعل، قال: فاترک لی هذا النخل و لک الجنه قال: لا افعل، فقال (ص) للأنصاری: اذهب فاقطع نخله، فإنه لا حق له فیه و إلی غیر ذلک من مطاعنه. و قد ذکر ذلک کله ابن أبی الحدید فی شرح نهج البلاغه ج ۴ ص ۷۷. المطبوع بمصر سنه ۱۳۷۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۸۹

وهنها، لأن الشهره فی نفسها لیست بحجه، فلا تکون موجبه لحجیه الخبر، و جابره لضعف سنده. و علیه

فلا بد من ملاحظه نفس الخبر، فان كان جامعا لشرائط الحجيه أخذ به، و إلا فإن ضم غير حجه إلى مثله لا ينتج الحجيه.

و تفصيل ذلك فى علم الأصول.

و يضاف إلى ذلك: أنه لم يتضح لنا استناد المشهور إلى الحديث المزبور فى فتاويهم بالضمان فى موارد ضمان اليد، إذ من المحتمل أنهم استندوا فى ذلك إلى السيره- التى سنتعرض لها قريبا- أو استندوا فى ذلك إلى وجه آخر و إنما ذكروا حديث ضمان اليد تأييدا لمرامهم. فافهم.

٢- الروايات [١] الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشترى- أخذها صاحبها،

---

[١] عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه (ع) فى رجل اشترى جاريه، فأولدها، فوجدت مسروقه؟ قال: يأخذ الجاريه صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بقيمته. مرسله.

و عن زراره، قال: قلت لأبى جعفر (ع): الرجل يشترى الجاريه من السوق، فيولدها، ثم يجى ء رجل، فيقيم البينه على أنها جاريته، و لم يبع، و لم يهب؟ قال: فقال: ترد اليه جاريته، و يعوضه مما انتفع، قال: كان معناه قيمه الولد. مجهوله بأبى عبد اللّه الفراء.

و عن جميل بن دراج عن أبى عبد اللّه (ع) فى الرجل يشترى الجاريه من السوق، فيولدها، ثم يجى ء مستحق الجاريه؟ فقال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجاريه و قيمه الولد التى أخذت منه. موثقه بمعاويه بن حكيم.

و عن زراره، قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولادا، ثم أتاها من يزعم انها له

و أخذ المشترى ولده بالقيمه حيث إن ضمان الولد بالقيمه- مع كونه نماءا لم يستوفه المشترى- يستلزم ضمان الأصل بالأولويه.

و يتوجه عليه: أن

الروایات المذکوره غریبه عن مرکز بحثنا، إذ المفروض- هنا- أن یکون البائع مالکا أما المذکور فی الروایه فهو کون البائع غاصبا، و من الواضح الذی لا ریب فیه أنه لم یتوهم أحد عدم الضمان فی هذه الصوره حتی فیما إذا کان العقد غیر معاوضی کالهبه. و حکمنا بعدم الضمان فی مورد بحثنا.

۳- الروایات «۱» الداله علی عدم حلیه مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه،

فإنها تشمل المقام أیضا.

و یرد علیه: أن نسبه الحل إلی الأموال و الأعیان إنما هی باعتبار التصرف، إذ لا معنی لحلیه الأعیان الخارجیه. کما أن نسبه الحرمه إلیها بهذا اللحاظ، ضروره أنه یراد من حرمه الخمر حرمه شربه، و من حرمه المال حرمه التصرف فیه. و من حرمه الأمهات و البنات و الأخوات حرمه نکاحهن و هکذا فی سائر الموارد.

و علیه فالغرض من تلک الروایات إنما هو الحرمه التکلیفیه دون الحرمه الوضعیه. و إذن فهی بعیده عن إثبات الضمان و حینئذ فشأنها شأن ما دل علی حرمه التصرف فی مال غیره بدون إذنه «۲» فکما أن الطائفه الثانیه

- و اقام علی ذلک البینه؟ قال: یقبض ولده، و یدفع إلیه الجاریه و یعوضه فی قیمه ما أصاب من لبنها و خدمتها، و فی یب ج ۲ ص ۱۴۱. إن أباها بدل من أتاها. مجهوله بسلیم الطربال، الاستبصار ج ۳ من ط ۲ ص ۸۴. و الوافی ج ۱۰ ص ۱۰۱.

---

(۱) قد ذکرناها فی الجزء الثانی فی ص ۱۳۸.

(۲) قد ذکرناه فی الجزء الثانی فی ص ۱۳۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۹۱

ظاهره فی الحکم التکلیفی فقط، کذلک الطائفه الأولی. فلا تعرض فیها للضمان.

۴- قوله (ع) (حرمه ماله-: أی المؤمن- کحرمه دمه [۱]

فان الظاهر من هذه الجمله هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و أنه لا یذهب هدرا، کما أن دمه لا یذهب هدرا.

و یتوجه علیه: أن هذه الجمله المبارکه- لو دلت علی الضمان- فإنما تدل علیه فی فرض الإتلاف، دون التلف، إذ لا یتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بآفه سماویه ضمن به سائر المؤمنین، و علیه فیکون الدلیل أخص من المدعی.

و يضاف إلى ذلك: أن هذه الجمله الشريفه مذكوره فى

عداد جمل اخرى التى هى ظاهره فى الحكم التكليفى، و هى ما يلى: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه، و من الواضح أن اتحاد السياق يقتضى إراده الحكم التكليفى من هذه الجمله أيضا. و إذن فهى بعيده عن إثبات الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

بل الظاهر أن المراد من كلمه الحرمه- فى قوله (ع): حرمه ماله كحرمه دمه- هو مقابل الحل، فيكون راجعا إلى الحكم التكليفى، لا بمعنى الاحترام

---

[۱] عن أبى بصير، عن أبى جعفر (ع) قال: قال رسول اللّه (ص):

سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه، و حرمه ماله كحرمه دمه.

موثق بعبد الله بن بكير. أصول الكافى باب السباب من كتاب الايمان و الكفر و الوافى ج ۳ ص ۱۶۰ و الوسائل باب ۱۵۲، و باب ۱۵۸ من أبواب أحكام العشره و عن أبى ذر عن النبى (ص): يا أبا ذر سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر و أكل لحمه من معاصى اللّه، و حرمه ماله كحرمه دمه. ضعيف بأبى المفضل محمد بن عبد اللّه بن محمد الشيبانى. و رجاء بن يحيى بن سامان العبرتائى. و محمد بن الحسن بن ميمون، أو شمون، و غيرهم الوافى ج ۱۴ ص ۵۶ و الوسائل نفس المصدر

لكى يدل على الحكم الوضعى، و عليه فمنزله هذه الجمله منزله الروايات المتقدمه الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قد عرفت- قريبا- عدم دلالتها على الضمان.

و إن أبيت عن ظهورها فى ذلك فلا ظهور لها فى إثبات الضمان أيضا، فتكون مجمله.

و قد تفسر حرمه المال- فى الجمله المزبوره- بأنه لا تجوز مزاحمه صاحبه

بوجه حدوثا و بقاء، و هذا و إن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفى ما دامت العين باقيه، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمه المحرمه فلا بد من رفعها، و لا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته، و عليه فتدل الروايه على الحكم التكليفى بالمطابقه، و على الحكم الوضعى بالالتزام.

و لكن يرد عليه: أن البحث- هنا- إنما هو فى أصل اشتغال الذمه، و هو مشكوك فيه- فى المقام- و من الظاهر أن حرمه المزاحمه لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان.

۵- ما ورد فى جمله من الروايات [1] أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد

---

[۱] عن الحلبى، و محمد بن مسلم، عن أبى عبد اللّه (ع) قال سألته هل تجوز شهاده أهل مله على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق احد. حسن بإبراهيم بن هاشم، الكافى ج ۷ من ط ۲ ص ۴. و الوافى ج ۹ ص ۱۴۶.

و عن سماعه، قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن شهاده أهل المله؟ قال:

فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد. ضعيف بمحمد بن عيسى.

و عن الكناسى قال: سألت أبا جعفر (ع) عن شهاده أهل مله هل تجوز

فإنه يشمل المقام أيضا.

و الجواب عن ذلك: أن الاستدلال بهذه الجمله على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال، و أن يكون عدم صلوح ذهابه كنايه عن ضمانه، و لم يثبت شى ء من الأمرين.

بل إن تلك الجمله وارده فى مورد الوصيه، و أن للمسلم أن يوصى بماله، و هذا حق له، و لا يصلح أن يذهب حقه،

و علیه فان أمکن الإشهاد علیه من المسلمین فهو، و إلا تجوز شهاده غیرهم أیضا و هذا معنی أجنبی عما نحن فیه بالمره.

و یضاف إلی ذلک أنها لا تشمل صوره التلف، فیکون الدلیل أخص من المدعی.

۶- الروایات [۱] الداله علی نفی الحکم الضرری فی الشریعه المقدسه

- علی رجل من غیر أهل ملتهم؟ فقال: لا- إلا- ان لا- یوجد فی تلک الحال غیرهم فان لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم فی الوصیه، لأنه لا یصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصیته. صحیح. الکافی ج ۷ من ط ۲ ص ۳۹۸ و ۳۹۹. و الوافی ج ۹ ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

[۱] عن زراره، عن أبی جعفر (ع)- فی قضیه سمره بن جندب- عن رسول اللّه (ص): لا ضرر، و لا ضرار. موثق بابن بکیر.

عن عقبه بن خالد، عن أبی عبد اللّه (ع) قال: و قضی رسول اللّه (ص) بین أهل البادیه: انه لا یمنع فضل ماء لیمنع به فضل کلاء، و قال: لا ضرر، و لا ضرار. مجهول بعقبه و محمد بن عبد اللّه بن هلال.

و فی حدیث آخر لزراره عن أبی جعفر (ع)- فی قضیه سمره- انه ذکر فی ذیله قول رسول اللّه (ص) لسمره: إنک رجل مضار، و لا ضرر، و لا ضرار علی مؤمن. مرسل. الکافی ج ۵ من ط ۲ ص ۲۹۳ و ۲۹۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۹۴

و من الظاهر أن الحکم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر علی المالک، فینفی بأدله نفی الضرر.

و الجواب عن ذلک أولا: أنه لا دلاله فی هذه الروایات علی الضمان- هنا- سواء أرید منها نفی الحکم الضرری بداءه، کما علیه المصنف، أم أرید منها نفی الحکم الضرری بلسان نفی موضوعه، کما

علیه جمع من المحققین.

و الوجه فی عدم دلالتها علی ذلک: هو ما ذکرناه فی محله من اختصاص أدله نفی الضرر برفع الأحکام المجعوله فی الشریعه. أما إذا کان الضرر ناشئا من عدم جعل حکم- کالضمان فی المقام- فأدله نفی الضرر لا تفی بنفیه لیثبت الجعل الشرعی: أی الضمان.

ثانیا: أن محل الکلام- فی المقام- هو الضمان بالبدل الواقعی، فإن الضمان بالمسمی غیر ثابت قطعا، و علیه فتقع المعارضه فی شمول أدله نفی الضرر لکلا الطرفین، إذ قد یزید البدل الواقعی علی المسمی بکثیر. و وقتئذ الحکم بضمان القابض له مع عدم إقدامه علیه بوجه یوجب تضرره لا محاله.

ثالثا: أن هذه الروایات لو دلت علی الضمان فإنما تدل علیه فی موارد الإتلاف، أو فی موارد استیفاء المنافع، أو فیما کان العمل بأمر الآمر. أما

- و عن عقبه، عن أبی عبد اللّه (ع) قال. قضی رسول اللّه (ص) بالشفعه بین الشرکاء فی الأرضین، و المساکن، و قال: لا ضرر، و لا ضرار. مجهول بعقبه و محمد بن عبد اللّه بن هلال. الکافی ج ۵ من ط ۲ ص ۲۸۰.

و عن النبی (ص): لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام. مرسل. الفقیه ج ۴ من ط ۴ فی باب میراث أهل الملل ص ۲۴۳.

و عن دعائم الإسلام- فی حدیث- إن رسول اللّه (ص) قال: لا ضرر، و لا ضرار. مرسل. مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۱۵۰.

فی فرض التلف السماوی- مع تحفظ القابض علیه- فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالک.

و علی الجمله: انه لا دلاله فی شی ء من الوجوه المتقدمه علی الضمان فی المقبوض بالعقد الفاسد. نعم الدلیل علی الضمان- هنا- إنما هو

السیره، فإنها قائمه علی ضمان الید فی أمثال ذلک، و لم یثبت ردعها من ناحیه الشارع المقدس و سیأتی تفصیل ذلک فی الوجه الآتی.

۷- قاعده الإقدام التی ذکرها الشیخ فی المبسوط،

حیث إنه علل الضمان- فی موارد کثیره من البیع و الإجاره الفاسدین- بدخول القابض علی أن یکون المال مضمونا علیه بالمسمی، فإذا لم یسلم، له المسمی رجع إلی المثل أو القیمه.

و من تلک الموارد ما ذکره فی فصل تفریق الصفه من البیع، و قال نصا (و إنما وجب الضمان علیه، لأنه أخذ الشی ء بعوض، فإذا لم یسلم العوض المسمی وجب عوض المثل لما تلف فی یده).

و قد ناقش المصنف فی هذا الوجه أولا: بان ما أقدم علیه المتعاقدان غیر ممضی للشارع، و حینئذ فإذا ثبت الضمان بالمثل أو القیمه فقد ثبت بدلیل خاص، لا بقاعده الإقدام.

ثانیا: بأن ما ذکره من التعلیل لیس بمطرد، و لا بمنعکس، إذ قد یتحقق الاقدام و لا یترتب علیه الضمان. کما فی صوره تلف المبیع قبل القبض فی البیع الصحیح، فإن المشتری قد أقدم علی الضمان- هنا- و لکن لا ضمان علیه.

و قد لا یکون إقدام فی العقد الفاسد، و مع ذلک یتحقق فیه الضمان، کما إذا اشترط المشتری- فی عقد البیع- أن یکون ضمان المبیع- مع تلفه فی یده- علی البائع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۹۶

أو قال البائع للمشتری: بعتک متاعی هذا بلا ثمن.

أو قال المؤجر للمستأجر: آجرتک داری هذه بلا اجره. انتهی ملخص کلامه.

و الظاهر أن ما ذکره شیخ الطائفه موافق للتحقیق، فلا یتوجه علیه شی ء مما ذکره المصنف:

أما الوجه الأول- الذی ذکره المصنف- فیرد علیه: أن الاقدام فی نفسه لیس عله تامه للضمان لکی یدور الضمان مدار الاقدام وجودا و عدما، و

إنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجانا. و قد قامت السيره القطعيه العقلائيه الممضاه للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطا غير مجانى موجب للضمان، و حيث إن الشارع المقدس لم يمض الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو القيمه. و إذن فثبوت الضمان انما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لكى يناقش فيه بما ذكره المصنف.

أما الوجه الثانى- الذى ذكره المصنف- فيرد عليه: أنه لا وجه له لنقض اطراد القاعده و انعكاسها بالأمثله المذكوره:

أما ما ذكره من عدم الضمان فى بعض موارد الاقدام- كتلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح- فلما عرفته من أن الاقدام بنفسه لا يوجب الضمان و إنما الموجب له الاقدام المنضم الى القبض.

بل قد تقدم فيما سبق «۱» و يأتى فى أحكام القبض: أن التسليم و التسلم من متممات الملكيه المترتبه على البيع بمعنى: أن المرتكز فى أذهان العامه هو أن ضمان المشترى للمبيع، و ضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

---

(۱) فى ص ۳۳

فكل منهما إنما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه، لا مطلقا، و عليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلائى.

أما ما ذكره- من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع- فيرد عليه:

أنه لا صله له بما نحن فيه، لأن المشترى قد أقدم على ضمان المسمى من جهه البيع، غايه الأمر أنه شرط على البائع ضمانا من دون سبب يقتضيه، و عليه فان قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده، أو عدمه، أو قلنا بصحته كان ذلك

خارجا عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام.

أما ما ذكره- من نقض القاعده بالبيع بلا ثمن، أو بالإجاره بلا اجره فهو غريب عما نحن فيه، لأنهما و إن كانا بحسب الصوره بيعا و إجاره، إلا أنهما- فى الحقيقه- من قبيل الهبه و العاريه، نهايه الأمر أنهما قد انشئتا بلفظى البيع و الإجاره.

و من الظاهر أن أمثال هذه الإنشاءات تعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمه (بعتك المتاع الفلانى بلا ثمن).

فى إنشاء الهبه، و لا استعمال كلمه (آجرتك الشى ء الفلانى بلا اجره) فى إنشاء العاريه.

و قد عرفت فى البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلطه فى نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحا عندهم. و إذن فيحكم بفساد الهبه و العاريه المذكورتين، و لا يحكم بالضمان عندئذ، لعدم الموجب له.

فتحصل من جميع ما حققناه: أن ثبوت الضمان- فى المقام- إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهه السيره القطعيه العقلائيه المتصله بزمان المعصومين (ع) و غير المردوعه من قبلهم. أما بقيه الوجوه المتقدمه فقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٨

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان- هنا- لا يرجع الى معنى محصل.

و عليه فيحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا من ناحيه السيره المزبوره. سواء فى ذلك التلف و الإتلاف.

و اذن فمدرك الضمان فى قاعده ضمان اليد، و فى المقبوض بالعقد الفاسد انما هو هذه السيره. هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر، و اللّه العالم بالواقع.

بحث فى بعض الأعمال المضمونه

قوله: (و يبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونه)

أقول: قد عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض. و هل يحكم بضمان الأعمال التى لا ترجع نفعها الى الضامن، و لم

تقع فی الخارج بأمره- کالسبق مثلا فی المسابقه الفاسده- أم لا؟.

قد حکم الشیخ و المحقق و غیرهما بعدم استحقاق السابق اجره المثل.

و حکم قوم آخرون بالاستحقاق.

و التحقیق هو الأول، لأن مناط الضمان إما الاستیلاء علی أموال الناس أو استیفاء منافعها، أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور فی الخارج، سواء أوصل نفع ذلک العمل الی الآمر أم لم یصل الیه.

و من الظاهر أن هذه الجهات کلها منتفیه فی المسابقه الفاسده، بدیهه أن الصحیح منها انما یوجب الضمان من جهه إمضاء الشارع هذه المغالبه، لأجل الاهتمام بأمر الجهاد مع الکفار، حیث ان فی المسابقه و المراماه تمرینا للحرب، و تهیئا إلیها، و لو لا هذه الناحیه لم تفترق المسابقه و المراماه من سائر أنواع القمار الذی نهی عنه وضعا و تکلیفا بالآیات المتظافره، و الروایات

المتواتره من طرقنا، و من طرق العامه. و قد تعرضنا لها و لحرمه القمار بأنواعه تفصیلا فی الجزء الأول.

و علی هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقه و صار فاسدا کان ذلک مصداقا للقمار المحرم، فیکون أکل المال به أکلا له بالباطل، إذ المفروض أنه لم یتحقق- فی مورد المسابقه الفاسده- ما یوجب الضمان ضروره أنه لم یوجد فیها الا سبق السابق و من البدیهی أن هذا السبق لیس بأمر المسبوق، و لا أن نفع هذا العمل قد وصل الیه، و لا أنه أتلف شیئا من أموال السابق، و اذن فکیف یحکم- هنا- بالضمان.

و بتعبیر آخر: أن حرمه القمار من ضروریات الدین الإسلامی، و قد خرجت منها المسابقه الصحیحه فقط لمصالح خاصه، أما غیرها فهو باق علی حرمته.

هل یفرق فی الضمان بین علم الدافع و جهله؟

قوله: (ثم انه لا

فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، و بين علمه مع جهل القابض).

أقول: الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه آنفا من قيام الدليل على الضمان على وجه الإطلاق، و هو السيره العقلائيه القائمه على ضمان اليد مع الاقدام.

و قد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد، ضروره أن المالك مع علمه بالفساد- قد سلط القابض على ماله، و عليه فيصبح المال أمانه مالكيه عند القابض، و حينئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه، للروايات «۱» الداله على

---

(۱) المرويه فى الوافى ج ۱۰ ص ۱۱۸، و ۱۲۵.

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط.

و يرد عليه: أن المالك- عندئذ- و ان سلط القابض على ماله، الا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانه مالكيه عند القابض، لكى لا يحكم بضمانه مع التلف، بل انما هو تسليط بإزاء العوض، و من الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره- على النهج المزبور- حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط، و المفروض عدم سقوطه بذلك، فلا صله له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان- هنا- من ناحيه ما دل على عدم الضمان هناك و دعوى: أن الاذن المتحقق فى ضمن العقد مسقط للضمان.

دعوى جزافيه، بداهه أن الاذن المتحقق فى ضمن العقد ليس إذنا مطلقا و انما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض.

و قد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع و جهل القابض، لقاعده الغرور.

و لكن هذا التخيل باطل، لأن الغرر بمعنى الخديعه، و من الظاهر أنه لا يتحقق إلا بأمرين أحدهما علم الغار، و ثانيهما جهل المغرور. و بديهى أن القابض و ان كان- هنا- جاهلا بفساد

العقد، الا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذا مجانيا، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض.

نعم لا بأس بالتمسک بهذه القاعده فی الزائد عن العوض المسمی ضروره أن الدافع غار بالنسبه الی هذا الزائد. فیرجع الیه، لا الی القابض المغرور و سیأتی تفصیل ذلک فی البحث عن بیع الغاصب مع علم المشتری بالغصب.

ثم انه لا- وجه لإثبات الضمان- هنا- بإطلاق النص و الفتوی- کما فی المتن- لما عرفته آنفا من عدم تمامیه النص- أعنی به حدیث علی الید- فضلا عن التمسک بإطلاقه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۱

هل تضمن العین المستأجره فی الإجاره؟

قوله: (ثم إن مقتضی ذلک عدم ضمان العین المستأجره فاسدا، لأن صحیح الإجاره غیر مفید لضمانها)،

أقول المحکی عن القواعد و التحریر و التذکره: أن صحیح الإجاره غیر مفید لضمان العین المستأجره، و مقتضی ذلک أن فاسدها أیضا لا یفید الضمان.

و عن جامع المقاصد- فی باب الغصب-: أن الذی یلوح من کلامهم هو عدم ضمان العین المستأجره فاسدا باستیفاء المنفعه.

و فی الریاض: (العین مضمونه فی ید المستأجر مطلقا، کما نسب الی المفهوم من کلمات الأصحاب). و قال المصنف: الظاهر أن المحکی عنه هو المحق الأردبیلی فی مجمع الفائده.

و التحقیق: أن العین المستأجره قد تکون تحت ید مالکها و لا یتسلط علیها المستأجر، کما إذا استأجر دابه لکی یحمل المکاری متاعه معها الی مکان خاص، و لا ریب: أن ضمان الدابه حینذاک علی المالک، لا علی المستأجر فإن الإجاره المجرده لا توجب ضمان متعلقها.

و قد تکون العین المستأجره عند المستأجر، لا من جهه اقتضاء الإجاره ذلک، بل من جهه خارجیه، کما إذا فرضنا أن المکاری قد فوض حمل المتاع فی فرض المثال إلی المستأجر، فإن الدابه عندئذ تکون أمانه

عند المستأجر و هذا أيضا لا يوجب ضمانه، فإنه أمين.

و قد تكون العين المستأجره عند المستأجر من جهه اقتضاء الإجاره ذلک كما إذا استأجر دارا ليسكنها فانهدمت الدار، و هذا هو مورد الخلاف بين

الأصحاب، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان- هنا- و ذهب جمع آخر منهم الى عدمه.

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين:

١- أن قاعده ضمان اليد تقتضى الضمان، و قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانيه بالأولى.

و الجواب عن ذلک: أن القاعده الثانيه وارده فى مورد القاعده الأولى و عليه فلا وجه لتوهم المعارضه، كما لا وجه لتوهم التخصيص.

٢- أن العين- فى الإجاره- خارجه عن مورد العقد خروجا موضوعيا ضروره أن الإجاره تمليک للمنفعه، دون العين، فالضمان فى مورد الإجاره على طبق القاعده، بداهه أن المراد بما يضمن فى العقود، و ما لا يضمن هو ما يرد عليه العقد- كالعوضين فى البيع، و المنفعه، و بدلها فى الإجاره- لا ما هو خارج عنه، كالعين فى الإجاره، غايه الأمر: أن تسليمها إلى المستأجر- فى فرض صحه الإجاره- انما كان لأجل استيفاء المنفعه، فتكون أمانه عنده و يلحقها حكمها أما إذا كانت الإجاره فاسده فإن المؤجر و ان دفع بنفسه العين إلى المستأجر، الا أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجره. و المفروض أنه غير مستحق لذلک، فتكون يده على العين يد عدوان موجبه للضمان، لا يد أمانه، و عليه فلا يرد النقض على عكس القاعده بالإجاره الفاسده.

و الجواب عن ذلک: أن مورد الإجاره و ان كان هو المنفعه، دون العين، الا أنها داخله فى عقد الإجاره

بالشرط الضمنى، و عليه فيحكم بعدم الضمان فى صحيح الإجاره و فاسدها، بناء على صحه عكس القاعده.

و من هنا اتضح لك جليا: أنه لا نحتاج فى إدخال العين المستأجره فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۳

عقد الإجاره الى ما ارتكبه صاحب الكفايه من التكلف فى حاشيته على المتن و إليك نصه:

(التحقيق: أن مورده-: أى العقد- فيها-: أى فى الإجاره- نفس العين، و لذا يقال: آجرت الدار، و استأجرتها، و أن الإجاره عباره عن إضافه خاصه بين العين المؤجره و المستأجر، و من آثارها تملك منفعتها.

و التعريف بالتمليک تعريف بالرسم. مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضا نفس العين، فإنها تمليک المنفعه، و لا يكاد يكون مورده و متعلقه الا العين) و يضاف الى ذلک: أن الإجاره و ان تعلقت بالعين، الا أن مدلولها تمليک المنفعه، و لذا تتعلق بما لا يقبل نحوا من التملك و التمليک، كالحر و عليه فالمنشأ هو تمليک المنفعه، و العين المستأجره خارجه عن موردها و ان كان يلزم تسليمها إلى المستأجر لاستيفاء المنفعه، و عليه فعقد الإجاره تمليک للمنفعه مع اشتراط تسليم العين إلى المستأجر أمانه، و حيث لا ضمان فى صحيح الأمانه- كما إذا كانت الإجاره صحيحه- لا يكون ضمان فى فاسدها أيضا.

قيل: ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعه من العين المستأجره انما يكون مقدمه لاستيفاء المنفعه، و من باب اللابديه جريا على ما يقتضيه عقد الإجاره من تملک المستأجر المنفعه، فإذا فرض فساد الإجاره انتفى الاستيمان لانتفاء منشئه، و ما كان يتوقف عليه و هو تملک المستأجر المنفعه. و عليه كانت العين مضمونه على المستأجر.

قلنا: ان تسليم العين للمستأجر و ان كان مبنيا على

صحه الإجاره، و ناشئا من البناء عليها، الا أن التسليم قد تحقق فى الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحه الإجاره، فلا محاله يكون البناء على صحتها، أو اعتقادها داعيا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۴

الى التسليم الخارجى.

و تخلف الداعى لا يضر بتحقق التسليم أمانه، و لا يوجب ارتفاع حكم الامانه، و هو عدم الضمان مع التلف.

ألا ترى أن المالك إذا قدم طعاما للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجز له أكله إذا لم يكن عالما؟.

أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعى؟.

لا ينبغى الإشكال فى أن الصحيح هو الثانى، فإن الإقدام على إتلاف المال مجانا قد تحقق وجدانا غايه الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.

و قد ظهر مما ذكرناه: أنه لا فرق- فى عدم الضمان فى موارد الإجاره- بين علم الموجر بفساد العقد، و جهله به.

[ثم أنه يشكل اطراد القاعده فى موارد]

هل تنتقض القاعده بالصيد الذى استعاره المحرم؟

قوله: (ثم انه يشكل اطراد القاعده في موارد: منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العاريه).

أقول: لا شبهه فى أن المستعير إذا استعمل العين المعاره فى غير الجهه التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقا و ان لم يشترط ضمانها عليه، و لا أنها كانت من الذهب و الفضه.

كأن استعار عباءه ليلبسها، و لكن استعملها فى إطفاء الحريق.

أو استعار فراشا ليفترش به الا انه استعمله فى سد الساقيه و لا ريب فى خروج هذه الصوره عن مورد البحث.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۵

بل مورد البحث إنما هو استعاره الشى ء لجهه خاصه، و استعماله فى تلك الجهه من دون أن يكون فيه تعد و تفريط.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمه الصيد الذى استعاره من

المحل، و ذلک لفساد العاریه، مع أنه لا ضمان فی العاریه الصحیحه و إذن فیکون ذلک نقضا لاطراد القاعده.

و من هنا ناقش الشهید الثانی (ره) فی القول بالضمان علی تقدیری الصحه و الفساد.

و أجاب عنه المصنف، و قال:

(إن وجه ضمانه- بعد البناء علی أنه یجب علی المحرم إرساله، و أداء قیمته- أن المستقر علیه قهرا بعد العاریه هی القیمه، لا العین، فوجوب دفع القیمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذی هو مسبب لضمان ملک الغیر فی کل عقد، لا بسبب التلف).

و حاصل کلامه: أنه یجب علی المحرم المستعیر أن یرسل الصید الذی استعاره من المحل، و لا شبهه فی أن الإرسال لا ینفک عن الإتلاف، و من المعلوم أنه متی ما تحقق وجوب الإتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل، لمکان الملازمه بین التسبیب تشریعا إلی السبب، و بین التسبیب إلی مسببه، لاستحاله انفکاک السبب عن المسبب. فإذا کان التسبیب المزبور موجودا قبل تحقق التلف فی الخارج کان المسبب أیضا موجودا قبله، و علیه فلا یکون ذلک نقضا لاطراد القاعده.

نعم لو کان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقض المزبور و قد عرفت خلافه.

و یتوجه علیه: أن وجوب الإرسال لا یترتب علیه إلا لزوم إیجاد

سبب الضمان، و این هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه. و من هنا لو عصی المحرم المستعیر، ورد الصید إلی مالکه لم یکن ضامنا قطعا.

و نظیر المقام ما إذا وجب علی المستعیر إتلاف العاریه لسبب آخر، کما إذا توقف علیه حفظ نفس محترمه أ فهل یحتمل الحکم بالضمان بمجرد الإیجاب ما لم یتحقق الإتلاف فی الخارج، بل و إن ردها علی المعیر؟

لا شک فی عدم احتماله، و لیس ذلک إلا من جهه أنه لم یتحقق فیه ما هو موجب للضمان.

و قد انجلی مما ذکرناه فساد القول بالضمان من جهه أن إیجاب الإرسال یوجب امتناع أداء المال إلی مالکه، و الامتناع الشرعی کالامتناع العقلی. و علیه فعدم التمکن من أداء المال إلی مالکه یقتضی دفع بدل الحیلوله.

و قد ذکر شیخنا الأستاذ وجها آخر للضمان، و حاصله: أن الصید- بأخذ المحرم له- یخرج عن ملک مالکه، فیکون أخذ المحرم له إتلافا له علی المالک، فیضمنه.

و الجواب عن ذلک: أنه لا دلیل علی خروج الصید عن ملک مالکه بأخذ المحرم له. و إنما الثابت: أن المحرم لا یملک الصید، لا حدوثا، و لا بقاء فلو صاد و هو محل ثم أحرم خرج الصید عن ملکه، و بین الأمرین بون بعید.

فتحصل مما حققناه: أن الصحیح هو القول بعدم الضمان بتلف الصید عند المحرم المستعیر، کما هو الحال فی غیر المحرم.

ثم إنه یظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فی صوره التلف السماوی الذی هو مورد البحث- فی المقام- و أن حکمهم بالضمان إنما هو فی صوره الإرسال بعد الاستعاره، فیکون ذلک داخلا فی الإتلاف.

نعم یظهر من المحقق فی عاریه الشرائع الضمان مطلقا، و إلیک لفظه: (و لا یجوز

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۷

للمحرم أن یستعیر من محل صیدا، لأنه لیس له إمساکه، فلو أمسکه ضمنه و إن لم یشترط علیه ذلک فی العاریه).

و ظاهر کلامه هذا: هو الحکم بالضمان فی فرض التلف، فان تعمیم الحکم بالضمان للاشتراط و عدمه ظاهر فی أن موضوع کلامه هو التلف، دون الإتلاف.

و لکن السید- بعد ما نقل کلام المحقق- قال: و

هذه العباره- كما ترى- مختصه بصوره الإتلاف بالإرسال، فلا تشمل ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن هذا ناشئ من إضافه كلمه (ثم أرسله) قبل كلمه (ضمنه) إلى عباره المحقق. إلا أنها غير مذكوره فى عبارته، بل زادها صاحب الجواهر سهوا.

ثم هل يثبت الضمان مع الإرسال مطلقا، أم يختص ذلك بصوره جهل المعير بالحال؟.

فذهب السيد إلى الثانى، بدعوى أن الدافع مع علمه بالحال يعد متلفا لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالإتلاف، فلا وجه لاستقرار القيمه فى ذمته.

و الجواب عن ذلك: أن المعير و إن كان عالما، إلا أن الإتلاف مستند إلى المستعير، لأنه- بعد ما استعار الصيد من المحل- فقد أتلفه بإرادته و اختياره، و حينئذ فيثبت عليه الضمان، لا على المعير. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل تنتقض القاعده بالبيع الفاسد؟

قوله: (و يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع فاسدا بالنسبه إلى المنافع التى لم يستوفها، فان هذه المنافع غير مضمونه فى العقد الصحيح مع أنها مضمونه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۰۸

فى العقد الفاسد)

أقول: لم نفهم وجها صحيحا لتقييد المنافع بغير المستوفاه و ذلك، لأن لمنافع المستوفاه أيضا غير مضمونه فى العقد الصحيح، مع أنها مضمونه فى العقد الفاسد و لعل وجه تقييدها بغير المستوفاه: أن المنافع إذا كانت من الأعيان- كاللبن و الصوف- فاستيفاؤها إتلاف لها، و إذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزله التلف. و على كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضا للقاعده بناء على أن موردها التلف، دون الإتلاف.

و كيف كان فقد يورد على القاعده بضمان المنافع غير المستوفاه مع أنها لم تكن مضمونه فى العقد الصحيح.

و قال السيد فى الجواب عن النقض: إن (المنافع و ان لم

تکن مقابله بالمال، الا أنها ملحوظه فی القیمه، و زیاده الثمن، و هذا المقدار یکفی فی صدق کونها مضمونه.

و من هنا یعرف حال الشروط، فإنه لو فرض شرط الخیاطه فی عقد فاسد، فعمل بالشرط یکون من له الشرط ضامنا، لأن فی الصحیح و ان لم یکن الشرط مقابلا بالمال، الا أنه ملحوظ فی زیاده الثمن و نقصانه، فکأنه مقابل بالمال، و لذا اشتهر أن للشرط قسطا من الثمن: یعنی فی اللب).

و یرد علیه: أن دخل المنافع فی زیاده الثمن لا یستلزم ضمانها وراء ضمان العین. کما أن الشروط لها دخل فی زیاده القیمه، مع أنها خارجه عن حول القاعده.

أما ثبوت الضمان فیما ذکر من مثال الخیاطه فلأجل احترام العمل، و استناد تحققه فی الخارج إلی أمر المشروط له، و علیه فلا صله له بالمقام.

و قال شیخنا المحقق: (ربما یتصور ضمان العین بنحو تکون متضمنا لضمان المنافع الفائته فی الصحیح و الفاسد، کما إذا کانت العین لها أمد خاص،

و عمر مخصوص، فإذا مضی منه شهر مثلا نقصت قیمه العین، و هذا النقص ملحوظ فی الصحیح و الفاسد).

و یتوجه علیه: أن مضیّ مده خاصه من عمر العین و ان أوجب نقصانا فیها، الا أن الضمان- هنا- بالعین، لا بالمنافع غیر المستوفاه، و لذا اعترف فی آخر کلامه بأنه (لا فرق حینئذ بین القول بضمان العین و المنافع، أو ضمان العین تامه).

و قال شیخنا الأستاذ: (إن المدار علی مورد العقد، و مورده فی البیع هو نفس العین، و انما المنافع فی الصحیح تابع للعین بحکم الشارع، و فی الفاسد حیث ان العین لم تنقل الی القابض فیضمن منافعها).

و یرد علیه: أنه لو

صح ذلک فلازمه الحکم بالضـمان فیما لا یضـمن بصـحیحه کالهبه الفاسده، بدیهه أن المنافع فی الهبه الصـحیحه تابعه للعین. و حیث ان العین لم تنقل الی المتهب فی الهبه الفاسده فتضمن منافعها.

و التحقیق: أن النقض غیر وارد علی القاعده. و توهم انتقاضها بما ذکر انما نشأ من عدم تطبیق الکبری علی الصغری.

و توضیح ذلک: أن النسبه بین تملک المنـافع، و تملک العین هی العموم من وجه، إذ قـد تملک المنافع دون العین- کما فی الإجـاره- و قـد تملک العین دون المنافع- کما إذا باعها مسلوبه المنفعه- و قـد تملکان معا، و علیه فملکیه العین لا تلازم ملکیه المنـافع، و انمـا تملک المنـافع فی البیع بنفس السـبب لملکیه العین، ففی الحقیقه کان الثمن بإزاء العین بالأصاله، و بإزاء منافعها بالتبع.

و علی هـذا فکـل من العین و المنفعه مورد للعقـد، نهـایه الأـمر أن العین مورد للعقـد بالأصـاله، و المنـافع مورد له بالتبعیه، و من الواضح أن عقد البیع مما یضمن بصحیحه و فاسده. سواء فی ذلک نفس المبیع و منافعه. و اذن فلا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۱۰

وجه لتوهم انتقاض القاعده طردا بالبیع الفاسد.

نعم إذا ارتفع العقـد بالفسخ، أو بالإقاله لم تضـمن المنافع الفائته، أو المنافع المسـتوفاه قبل الارتفاع، ضـروره أن هذه المنافع انما حصلت فی ملک المشتری، فیکون المشتری مسلطا علیها.

نعم إذا تعیبت العین بتصـرف المشتری کـانت مضـمونه علیه، فـان الإقاله و ان کانت عقـدا جدیـدا، الا أنها تقتضـی رجوع العین بخصوصـیاتها التی وقع علیهـا العقـد، و المفروض أن العقـد قـد وقع علی العین الصـحیحه، فلاـ بـد و أن ترجع کمـا کانت. و مع التخلف یحکم بالضمان.

هل تنتقض القاعده بحمل المبیع فاسدا؟

قوله: (و یمکن نقض القاعده أیضا بحمل

المبيع فاسدا).

أقول: قد حكى عن الشيخ فى المبسوط، و المحقق فى الشرائع، و العلامه فى التحرير انتقاض القاعده بحمل المبيع فى البيع الفاسد، حيث انه مضمون على المشترى، مع أنه غير مضمون عليه فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامه بما إذا اشترط دخول الحمل فى البيع، و هذا هو المحتمل القريب، و حينئذ فلا نقض على القاعده. و عليه فالنزاع- هنا- لفظى، فإن القائل بالضمان انما أراد صوره كون الحمل جزءا من المبيع. و أن القائل بعدمه انما أراد صوره خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل- هنا- شأن نفس العين فى الإجاره، و كما أن العين خارجه عن مورد عقد الإجاره، كذلك الحمل- هنا- و اذن فلا تنتقض القاعده بذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۱۱

هل تنتقض القاعده بالشركه الفاسده؟

قوله: (و يمكن النقض أيضا بالشركه الفاسده بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان).

أقول: غير خفى على الناقد البصير، و المتأمل الخبير: أن تفريع الضمان على الحكم التكليفى-: أعنى به حرمه التصرف فى مال الغير- واضح الفساد، إذ لا- ملازمه بينهما أصلا و رأسا، لأنه بناء على أن عقد الشركه لا يقتضى جواز التصرف فى المال المشترك- كما هو الظاهر- فإنه عندئذ و ان كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف فى المال المشترك فيه بدون اذن صاحبه. الا انه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه، و جعله أمينا فى ذلك، و من الواضح أنه لا ضمان على الأمين، و لا يفرق فى ذلك بين الشركه الصحيحه و الشركه الفاسده. و

اذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده بذلک.

هل ینتقض أصل القاعده بالنکاح الفاسد؟

قد یتوهم أن أصل القاعده ینتقض بالنکاح الفاسد، ضروره أن النکاح الصحیح یوجب ضمان الصداق للمرأه دون فاسده إذا کانت المرأه عالمه بالفساد فإنها وقتئذ زانیه، فلا مهر لبغی.

و لکن هذا التوهم فاسد، فان ضمان المهر فی عقد النکاح انما هو بإزاء الزوجیه، دون البضع، فالضمان- هنا- ثابت بنفس العقد، فإذا انتفى

العقد من ناحیه حکم الشارع بالفساد انتفى الضمان أیضا. و محل الکلام- فی المقام- هو ما کان سبب الضمان أمرا آخر وراء العقد، کالقبض فی العقد فان التلف قبله من مال البائع.

و على الجمله: أن البضع و سائر الاستمتاعات لاـ مالیه لها فی حکم الشارع، و من هنا لو حبس أحد زوجه غیره، و فوّت علیه جمیع الاستمتاعات لم یضمن بشی ء، و لیس ذلک إلا لأجل أن البضع و سائر الاستمتاعات لا تقابل بالمال.

نعم قد ثبت مهر المثل فی موارد الوطی بالشبهه تعبدا، لاحترام الاعراض و صفوه الکلام: أن مورد البحث فی قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده انما هو العقود الصحیحه و الفاسده التی یکون الضمان فیها مستندا الى غیر العقد و علیه فثبوت الصداق فی النکاح الصحیح، و عدم ثبوته فی الزناء بعید عن محل الکلام رأسا.

و بذلک تظهر الحال فی العقد المنقطع- أیضا- فإن الأجره فیه- أیضا- بإزاء نفس الزوجیه، دون البضع. و تبعض الأجره مع عدم التمکین فی بعض المده انما هو من جهه النص الخاص. أما فی موت المرأه أثناء المده فالتبعض على القاعده. و اذن فلا تنتقض القاعده بالنقض المزبور.

ما هو المدرک لعکس القاعده؟

قوله: (ثم ان مبنى هذه القضیه السالبه على ما تقدم من کلام الشیخ فی المبسوط هی الأولویه).

أقول: قد عرفت- فیما سبق-

أن المدرك الصحيح لأصل القاعده انما هو ضمان اليد الثابت بالسيره العقلائيه الممضاه من قبل

الشارع. و قد عرفت- أيضا فيما تقدم- أن مناط الضمان فى ذلك هو التسليط غير المجانى.

أما المدرك لعكس القاعده- أعنى به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده- فقد ذكر المصنف: أن مدركه- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط- هو الأولويه، لأن دليل الضمان عنده انما هو الاقدام، و إذا لم يوجب الاقدام الضمان فى العقد الصحيح- كالرهن الصحيح مثلا- لم يوجب ذلك فى العقد الفاسد- أيضا- بالأولويه، ضروره أن العقد الفاسد لغو محض و أنه بمنزله المعدوم. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن عدم الضمان فى العقد الصحيح- كالهبه الصحيحه مثلا- انما هو من جهه كون المال ملكا مجانيا للقابض، و من الواضح أنه لم تحصل له الملكيه فى العقد الفاسد- كالهبه الفاسده مثلا- و اذن فلا وجه لدعوى الأولويه- هنا- بوجه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه- سابقا- من أن الاقدام الساذج ليس دليلا على الضمان، بل الدليل عليه انما هو السيره مع الاقدام.

و قد يتوهم: أن قاعده ضمان اليد و ان كانت مقتضيه للضمان فى العقود الفاسده- التى لا ضمان فى صحيحها- الا أنها مخصصه بأدله الاستيمان.

و لكن هذا التوهم فاسد، لأن قاعده ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجانى لكى نحتاج الى تخصيصها بأدله الاستيمان. و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعده ضمان اليد، و عن مورد أدله الاستيمان- أيضا- خروجا تخصيصيا و هذا ظاهر.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا وجه لإثبات عدم الضمان فى الهبه الفاسده بفحوى ما دل على

عدم الضمان فی موارد الاستیمان، کما صنعه المصنف

فی المتن.

أضف الی ذلک: أن المالک لم یسلط غیره علی ماله فی موارد الاستیمان لیتصرف فیه أی تصرف، بل سلطه علیه لیحفظه عن التلف. بخلافه فی الهبه الفاسده، و علیه فلا یمکن قیاس أحدهما بالآخر.

و التحقیق: أن الدلیل علی عکس القاعده إنما هو عدم الدلیل علی الضمان فی موارده، لا شی ء آخر.

هل یجوز التصرف فی المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد؟

اشاره

قوله: (الثانی: من الأمور المتفرعه علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد وجوب رده فورا إلی المالک).

أقول: تحقیق البحث- هنا- یقع فی ضمن جهات:

الجهه الأولی: أنه هل یجوز التصرف فی المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد تکلیفا، أم لا یجوز ذلک؟.

لا- شبهه فی حرمه التصرف فی مال الغیر- بحسب الکبری- شرعا و عقلا- و إنما البحث- فیما نحن فیه- إنما هو من ناحیه الصغری:

و هی أن تصرف القابض فی المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد هل هو تصرف فی مال غیره بدون إذنه لکی یکون حراما، کما علیه المصنف؟.

أم أنه تصرف فیه باذن مالکه حتی یکون ذلک جائزا؟.

و فصل السید- فی المقام- و قال نصا: (لا ینبغی الإشکال فی عدم

جواز التصرف فیه مع جهل الدافع. و أما مع علمه فیمکن الاشکال فیه و إن کان باقیا علی ملکه، و ذلک للاذن فیه فی ضمن التملیک).

لا إشكال فى عدم جواز التصرف فى المقبوض مع جهل الدافع بالفساد.

أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظرا إلى أن الدافع- عندئذ- قد أذن للقابض فى التصرف فى ماله. فلا يكون حراما.

و لكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه، لأن القاعده الأوليه إنما تقتضى حرمه التصرف فى أموال الناس إلا بإذن ملاكها، و من الواضح أن الدافع إنما جوّز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكا للقابض، لا على وجه الإطلاق، و لما لم تحصل الملكيه للقابض، و لا أن المالك قد أذن له فى ذلك إذنا جديدا حرم على القابض التصرف فيه وضعا و تكليفا.

نعم لو أذن المالك للقابض إذنا جديدا فى التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه، لا وضعا، و لا تكليفا، ضروره أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديدا فى التصرف

فى المقبوض.

و على الجمله: إن الاذن الحاصل فى ضمن التمليك بالعقد الفاسد لا يكون منشأ لجواز التصرف فيما وقع عليه العقد، إلا أن يكون- هنا- إذن آخر غير الاذن الحاصل فى ضمن العقد الفاسد.

ثم إن السيد قد استدل- فى حاشيته- على جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد بأن (هذا التمليك له حيثيتان، فهو إذن من حيثيه، و تمليك من اخرى، و لما كان التمليك محتاجا شرعا إلى صيغه صحيحه- و المفروض عدمها- فهو غير مؤثر من هذه الجهه، لعدم حصول شرط. و أما من الحيثيه الأخرى فهو غير مشروط شرعا، فيجوز العمل به، فإن الإذن مؤثر فى جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۱۶

التصرف من غير اشتراط بصيغه خاصه، فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الاذن، و طيب النفس. و إذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلا عن كونه فوريا. نعم لو رجع عن إذنه و طلبه وجب الرد اليه فورا).

و يرد عليه: أن جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: إما كون ذلك ملكا للقابض. و إما إذن المالك فى التصرف فيه:

أما الأول فهو منفى على الفرض.

أما الثانى فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه.

و الوجه فى ذلك: أن الأفعال تاره تتعلق بالعناوين الكليه- كبيع كلى الفرس و نحوه- و اخرى تتعلق بالجزئيات الخارجيه و الأفراد المشخصه- كالأكل، و الشرب، و النوم، و الضرب، و القيام، و القعود و أشباهها:

فإذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى ما عليه داعيا إلى إيجاده، فإذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف فى الداعى، فإن

الضرب قد وقع- فى الخارج- على واقع المؤمن حقيقه، و التخلف إنما هو فى اعتقاد أنه كافر الذى كان داعيا إلى إيجاده.

أما إذا كان الفعل متعلقا بالكلى فلا يسرى الى غير مصداقه- و إن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه- فلو رضى المالك بدخول العلماء داره، و أذن به لم يجز الدخول لغير العالم و إن اعتقد الآذن أنه عالم.

و لا شبهه فى أن متعلق الاذن فى قوله عجل اللّه فرجه: (فلا يحل لأحد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۱۷

أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه «۱» إنما هو العنوان الكلى: أعنى به عنوان التصرف فى مال الغير. و عليه فإنما يجوز التصرف فى أموال الناس فيما إذا أحرز أن المالك قد أذن فى التصرف فى ماله لكى يكون ذلك مشمولا للعنوان الكلى الذى ذكر فى التوقيع المزبور، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد، بديهه أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف فى ماله، و إنما سلمه إليه باعتباره أنه ملك له، و حيث إنه لم يصر ملكا للقابض، و لا أن الدافع قد أذن له فى التصرف، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه.

و قد اتضح لک مما بيناه: أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف فى ذلک بالتوقيع الشريف المذكور، و لا بالروايات الداله على حرمه التصرف فى مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه: كما اتضح لک من ذلک- أيضا-: أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد، و جهله به، لأنه بعد فرض أن المالک لم يصدر منه الا التمليک، و هو لم يحصل فى الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف

فيه حتى مع علمه بالفساد.

و بما ذكرناه- من أنه لم يصدر من المالك فى المقام الا التمليك، و تسليم المال بما أنه ملك للقابض- يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد و إن لم يؤثر فى الملكيه، و لكن إذن الدافع فى التصرف فى ماله باق على حاله، فيكون الاذن منفكا عن الملكيه.

و وجه الظهور: أن إذن المالك لم يكن مطلقا لكى يبقى بعد فساد العقد- أيضا- بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض، و المفروض أنه لم يصر ملكا له، فينتفى الإذن أيضا.

---

(۱) قد نقلنا هذه الروايات فى الجزء الثانى فى ص ۱۳۸.

قيل: إن المالك قد أذن للقابض فى التصرف فى نفس العين الخارجيه و عليه فيبقى الاذن ما دامت العين باقيه على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق و عدم رجوعه عنه.

و يرد عليه: أن الاذن لم يتعلق بالتصرف فى مال الدافع. و إنما تعلق بالتصرف فى مال القابض من جهه استلزام التمليك إياه، لا أنه إذن جديد وراء التمليك، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبيا عن ذلك المال، فكيف يأذن فى التصرف فيه، و من المفروض أن الملكيه لم تحصل فلا معنى لبقاء الاذن فى التصرف فيه. و هذا واضح لا شبهه فيه.

نعم لو أذن المالك- إذنا جديدا- فى التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد- بعد علمه بفساد العقد- جاز التصرف فيه جزما. و لكنه غير مربوط بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاما لغيره باعتقاد أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى، لا لصديقه فإنه- عندئذ- لا يجوز للمعطى له أن

يأخذه، و يتصرف فيه بتخيل أن الاذن قد تعلق بذات الطعام الخارجى الشخصى، فيجوز العمل على طبقه.

و الوجه فيه: هو أنه لا أثر للإذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلى على الشخص الخارجى انطباق الكلى على أفراده.

هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد؟

الجهه الثانيه: أن حرمه التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد- أيضا- كالهبه و العاريه، أم لا؟

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۱۹

لا شبهه فى اختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه إذا قلنا بثبوت الملازمه بين حرمه التصرف، و بين ثبوت الضمان.

و قد يقال: إن حرمه التصرف فى المقبوض بعقد يضمن بصحيحه و فاسده لا يلازم حرمه التصرف فى المقبوض بما لا ضمان فيه- كالهبه و العاريه- فإنه كما لا ضمان فى صحيحهما و فاسدهما، كذلك لا يحرم التصرف فى المأخوذ بهما ضروره أن رافع الضمان فيهما هو الرافع للحرمه، لأن إعطاء المالك ماله مجانا للمتهب، و بعنوان العاريه للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمه- أيضا- و إذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمه الوضعيه، و بين الحرمه التكليفيه.

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمه بين الضمان، و بين حرمه التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه، بل يعم العقود غير المعاوضيه أيضا.

و هذا هو الحق، بداهه أن كلا من حرمه التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الضمان أجنبى عن الآخر، فان التسلط المجانى- فى العقود غير المعاوضيه الفاسده- لا يؤثر إلا فى عدم ضمان العين المأخوذه بها.

أما جواز التصرف فيها فلا يترتب على التسليط المزبور. و إنما يترتب على إذن المالك. و من المفروض أنه لا إذن فى موارد التمليك- كالهبه- على ما عرفته قريبا.

أما فى غير تلك الموارد- كالعاريه- فالإذن من المالك و ان كان موجودا الا أن المفروض أن الشارع لم

یمضه، فوجوده کعدمه. و اذن فلا یجوز التصرف فی المقبوض بالهبه و العاریه الفاسدتین.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۲۰

هل یجب رد المقبوض الی مالکه فورا؟

الجهه الثالثه: أنه إذا بنینا علی عدم جواز التصرف فی المقبوض بالعقد الفاسد فهل یجب رده الی مالکه فورا، أم لا یجب ذلک؟

ذهب المصنف إلی الأول، لأن الإمساک آنا ما تصرف فی مال غیره بدون اذنه، فلا یجوز. بل قال:

(ان الظاهر أنه مما لا خلاف فیه علی تقدیر عدم جواز التصرف فیه).

و التحقیق: أن القابض بالعقد الفاسد تاره یمتنع عن رد المقبوض الی مالکه حتی مع مطالبته. و اخری لا یمتنع عن ذلک، و انما المالک لا یطالب ماله، أو یطالب إقباضه إیاه، و تفویضه الیه.

و علی الأول فلا شبهه فی حرمه إمساکه، لکونه من أظهر أفراد الغصب. بل إذا تلف المقبوض ضمنه القابض، و لو کان العقد مما لا یضمن بصحیحه. سواء أ کان التلف بالتفریط، أم کان بغیر التفریط، و علیه فلا شبهه فی وجوب رده الی مالکه فورا، ضروره أن إمساکه حینئذ تصرف فی مال غیره، و مزاحمه لسلطنته علی ماله، و هو حرام عقلا و شرعا.

و علی الثانی فلا یجب رده الی مالکه فضلا عن کون الرد فوریا، بدیهه أنه لا یجب علی القابض إلا التخلیه بین المال و مالکه، أما الزائد علی ذلک فلم یقم علیه دلیل.

و نظیر ذلک ما لو أطار الریح ثوب أحد إلی دار جاره فان بقاءه فی تلک الدار لا یعد تصرفا فیه لصاحب الدار قطعا، لأنه لم یضع یده علیه، و لا أنه حال بینه، و بین مالکه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۲۱

و إذن فلا یجب علی القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلی مالکه فورا فضلا عن کون مئونه الرد علیه. کما أن بقاء المقبوض فی ید القابض لا

يعد تصرفا فى ملك غيره حتى مع عدم مطالبه المالك ذلك، أو مطالبته إقباض العين إياه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و قد ظهر لك مما حققناه: أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفا محرما، لا من جهه أن ذلك خارج عن أدله حرمه التصرف فى مال غيره بدون اذنه خروجا تخصيصيا بالسيره العقلائيه، بل من جهه خروجه عنها موضوعا و تخصصا، لعدم صدق التصرف عليه. كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائط غيره فى الشوارع و الأزقه.

ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكه، و على حرمه إمساكه و إبقائه بقوله (ع): (لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بإذنه [۱]).

ثم قال: (و لو نوقش فى كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله (ع) لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه [۲] حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقه به التى منها كونه فى يده).

أقول: أما الروايه الأولى فقد عرفت عدم دلالتها- على ما يرومه المصنف- مما بيناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

---

[۱] لم نجده على النحو المنقول فى كتب الحديث، بل المروى فى الاحتجاج فى ص ۲۶۷ عن صاحب الزمان (ع) هكذا: فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه، و يحتمل قريبا وقوع التحريف- فيما نقله المصنف- سهوا.

[۲] لم نجده على هذا الشكل فى كتب الحديث. بل المروى فيها على شكل آخر، و قد نقلناه فى الجزء الثانى ص ۱۳۸.

غيره فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره، و مسه.

أما الروايه الثانيه فيتوجه

على الاستدلال بها أن الحليه أو الحرمه إذا أسندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحليه التكليفيه، و أن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام، فيراد من حليه المأكولات حليه أكلها، و من حرمه الأمهات، و العمات، و الخالات حرمه نكاحهن، و هكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك، فإنه لا بد و أن تلاحظ فيها مناسبه الحكم و الموضوع.

و إذن فلا بد و أن يراد من عدم حليه المال مع عدم طيب نفس مالكه عدم جواز تملكه، أو عدم جواز الانتفاع به، و على هذين التقديرين لا تدل الروايه على حرمه إمساك مال شخص آخر بوجه.

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف. لكن قد عرفت قريبا أن مجرد الإمساك لا يعد تصرفا بوجه، و على كل تقدير فالروايه بعيده عن الدلاله على حرمه الإمساك بمجرده.

و قد استدل بعضهم على حرمه إمساك المقبوض بالعقد الفاسد،- و على وجوب رده إلى مالكه فورا- بالنبوى المعروف: على اليد ما أخذت حتى تؤديه «۱».

و تقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين:

۱- ما ذكره شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و يدل عليه (أي على الرد الفوري) أيضا عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي، فإنه و إن لم يكن متعرضا للحكم التكليفي بالدلاله المطابقيه، إلا أنه متعرض له بالدلاله

---

(۱) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوى في ص ۸۷.

الالتزاميه، فإن استقرار الضمان على عهده القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهده إلا وجوب رد العين ما دامت باقيه، ورد المثل، أو القيمه لو كانت تالفه، فحرمه إمساك مال الغير من غير إذنه،

و وجوب رده اليه فورا بالفوريه العرفيه لا إشكال فيه).

و يرد عليه: أن دعوى الملازمه بين الحكم التكليفى و الوضعى و إن كانت صحيحه، و لكن الحكم التكليفى الملازم للحكم الوضعى- هنا- ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكى تترتب عليه حرمه الإمساك. و إنما الواجب على القابض هو وجوب التخليه بين المال و مالكه، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعى، و لا عقلى.

٢- ما أفاده المحقق الايروانى و هذا لفظه: (فالأولى تبديل الاستدلال به (: أى بقوله (ع) لا يحل إلخ) بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصورا ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع و التكليف جميعا:

بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها، و دفع البدل مع التلف).

و الجواب عن ذلك أولا: أن إراده الحكم التكليفى من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال، فإن الحكم التكليفى لا يتعلق بالمال نفسه، و إراده الحكم الوضعى منه لا يحتاج إلى تقدير شىء أصلا و رأسا. و من الواضح أن المراد بكلمه الماء الموصوله هو المال، و لا يمكن الجمع بين إراده الحكم التكليفى و الوضعى، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

ثانيا: أن حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) بظاهره آب عن إراده الحكم التكليفى منه، ضروره أن الحكم المستفاد من ذلك مغيا بوجوب الرد. و من الواضح أن الغايه لا تناسب إلا مع الحكم الوضعى فقط، لا الحكم التكليفى فحسب، و لا الحكم الوضعى و التكليفى معا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢۴

و ذلك، لأنه إذا أريد من النبوى المزبور الحكم التكليفى كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكه

بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه و حينئذ فيكون ذلک نظير ما يقال: يجب عليک الإتيان بالصلاه حتى تصلى. و لا شبهه فى أن هذا الاستعمال مستهجن جدا، و غير معهود عند أهل المحاوره.

و هذا بخلاف ما إذا أريد من الحديث الحكم الوضعى فقط، فإنه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه. و لا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه.

و يضاف إلى ذلک: أن حديث على اليد ضعيف السند، فلا يمكن الاستدلال به على شى ء من المسائل الفقهيه. و قد تقدم تفصيل ذلک قريبا.

ما هو حكم مئونه الرد؟

الجهه الرابعه: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فهل تكون مئونه الرد على القابض. أم تكون على المالک؟.

قد فصل المصنف بين ما تكون مئونه الرد قليله فحكم بكونها على القابض و بين ما تكون كثيره فحكم بكونها على المالک، و ذلک لأدله نفى الضرر.

و فصل شيخنا الأستاذ بين ما إذا كانت المئونه مما يقتضيها طبع الرد فهى على القابض، و بين غيره فهى على المالک.

و توضيح كلامه: أن الحكم الشرعى إذا اقتضى فى نفسه و بحسب جعله مقدرا من الضرر- نظير وجوب الخمس، و الزكاه. و الصوم، و الجهاد، و أمثالها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۲۵

من الأحكام الشرعيه- كان الحكم المذكور تخصيصا لقاعده نفى الضرر. و إذا كان الضرر زائدا على المقدار الذى يقتضيه طبع الحكم الشرعى لم يكن ذلک تخصيصا لأدله نفى الضرر، بل أدله نفى الضرر تكون حاكمه على دليل ذلک الحكم، و موجبا لاختصاصه بغير موارد الضرر.

و على هذا الضوء فان كانت مئونه الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال إلى مالكه فهى على القابض. و إن كانت زائده على ذلک فهى على المالک، لأدله نفى الضرر.

و يرد عليه: أن

وجوب الرد فى نفسه لا يقتضى أى ضرر، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المئونه أصلا، فالمئونه أمر قد يحتاج اليه الرد، و قد لا يحتاج اليه ذلک، و إذن فدليل نفى الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مئونه.

و من هنا تظهر الحال فى تفصيل المصنف- أيضا- فإن تحمل الضرر مرفوع فى الشريعه المقدسه. و لا فرق بين قليله و كثيره.

نعم لا بأس بالالتزام بكون المئونه على القابض فيما إذا كانت المئونه من القله بمرتبه لا تعد ضررا عرفا. و لعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذى نقلناه عنه قريبا.

هل يجب رد المقبوض إلى مالكه مطلقا؟

الجهه الخامسه: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين المالک و ماله، دون رده اليه فهل هو كذلک على وجه الإطلاق، و فى جميع الموارد،

أم يجب ذلک فى بعض الموارد دون بعض؟.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢۶

و تفصيل ذلک: أنه قد يكون المالک و المشترى كلاهما فى بلد القبض، و قد يكونان فى بلدين.

و على الثانى فتاره ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض.

و اخرى ينقل المشترى المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر.

و ثالثه ينتقل منه البائع إلى بلد، و ينتقل منه المشترى إلى غير ذلک البلد أما إذا كانا فى بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض إلى مالكه، بل تكفى- فى هذه الصوره- التخليه بينه و بين ماله، فإذا أراد المالک أن يأخذ ماله- فى أى وقت- أخذه بنفسه.

أما إذا كان القابض فى بلد القبض، و لكن انتقل المالک إلى بلد آخر ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد- عندئذ- قطعا حتى إذا قلنا بوجوب الرد فى الشق الأول، فإنه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته فى بلد القبض.

أما إذا نقله القابض من بلد القبض

إلى بلـد آخر، و طـالب به المالـك فوجب رده إلى بلـد القبض، سواء فى ذلـك كون المالـك فى بلـد القبض، و انتقاله الى بلد آخر، و عليه فمئونه الرد على القـابض، ضـروره أن نقل المقبوض إلى غير بلـد القبض لم يكن باذن مالكه لكى تكون مئونه الرد عليه، بـل كـان ذلك باختيار القابض، و حينـذاك فيجب عليه رده إلى بلـد القبض، و ذلك للسـيره العقلائيه المحكمه فى أمثال المقام، أو لدليل ضمان اليد.

و قـد اتضـح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك الى بلـد. و نقل القابض المال الى بلـد آخر، فان المالك إذا طالب القابض بنقل المال الى البلد الذى هو فيه لم تجب على القابض اجابته. و إذا طالبه برده الى بلد القبض وجب على القابض رده.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۲۷

ما هو حكم المنافع المستوفاه؟

اشاره

قوله: (الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاها قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور).

أقول المشهور بين الفقهاء: أن القابض بالعقد الفاسد يضمن المنافع التى استوفاها من المقبوض.

بل الظاهر من عباره الحلى المحكيه عنه من (أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضـمان). هو قيام الإجماع على ذلك.

و قـد نسب الخلاف فى ذلك إلى ابن حمزه، حيث إنه حكم بعـدم الضـمان- هنا- محتجا بأن الخراج بالضـمان، كما فى النبوى المرسل.

و يحسن بنا أولا بيان الوجوه التى استدل بها على الضمان، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدل به ابن حمزه على رأيه.

فنقول: إنه قد استدل على الضمان بوجوه شتى.

۱- النبوى المعروف:

على اليد ما أخذت حتى تؤديه «۱» فان عمومه يشمل المنافع المستوفاه أيضا.

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجبر بعمل المشهور به لا صغرى، و لا كبرى:

أما الوجه فى منع الصـغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور، بل اعتمد أكثرهم على الوجوه الأخر التى سنذكرها قريبا.

أما الوجه فی منع الکبری فهو ما ذکرناه فی علم الأصول، و أشرنا

---

(۱) قد تقدم ما یرجع إلی هذا الحدیث فی ص ۸۷.

الیه آنفا من أن الشهره لیست بحجه فی نفسها، فکیف تکون سببا لحجیه الخبر الضعیف، و جابره لوهن سنده و تفصیل الکلام فی محله.

ثانیا: أنا لو سلمنا شمول صدر الحدیث للأعیان المأخوذه، و المنافع المستوفاه إلا أنه لا ینفعنا- فی المقام- لأن الظاهر من ذیله هو اختصاصه بالأعیان فقط.

بداهه أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعینه بدءا. و مع عدم التمکن منه ینوب عنه رد المثل أو القیمه. و من الواضح أن رد المأخوذ بعینه لا یعقل فی المنافع، لأنها

ما لم توجد فى الخارج ليست بمضـمونه، و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم. و حينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكى يشملها دليل ضمان اليد.

على أن للمناقشه فى شمول مفهوم الأخذ للمنافع مجال، إذ قد يقال:

إن مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع، خصوصا إذا كانت المنفعه من قبيل الأعمال: كمن أمر غيره بخياطه ثوبه، أو بنائه داره، أو نجاره بابه و لم يعط أجرته، فإنه لا تطلق كلمه الأخذ على شى ء من ذلك.

و من هنا ذكر المصنف فيما تقدم: (أن مورده (أى خبر اليد) مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده).

و لكن الصـحيح: أن مفهوم كلمه الأخذ أوسع من ذلك، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى، و الا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار، و الأرض، و البستان، و الحديقه، و أشباهها مما لا يقبل الأخذ الخارجى.

و مما يـدل على صـحه ما ذكرناه: أن مفهوم الأخـذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنويه كالعهد، و الميثاق، و الرأى، و أمثالها، كما أنه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجيه و اذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجيه. و انما هو كنايه

عن الاستيلاء على الشى ء، كما أن كلمه بسط اليد كنايه عن الجود، و السخاء.

و كلمه قبض اليـد كنايه عن البخل، و لا ريب أن اسـتعمال لفظ الأخذ فى هذا المعنى- الذى ذكرناه- كثير فى القرآن و غيره، و منه قوله (تعالى) لٰا تَأْخُذُهُ سِنَهٌ، وَ لٰا نَوْمٌ «۱» و إذن فالصـحيح فى وجه المنع عن شـمول الحـديث للمنافع هو الوجه الثانى، و هو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان، و عدم شموله للمنافع

۲- قوله (ع): حرمه ماله-: أى المؤمن- كحرمه دمه «۲»

فان

الظاهر من هذه الجمله أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و من الواضح أنها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفاه- أيضا- لصدق المال عليها جزما.

و يتوجه على الاستدلال بها: أن الظاهر منها هو الحكم التكليفى، بمعنى:

أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه، كما لا تجوز إراقه دمه.

و على تقدير أن تكون الحرمه بمعنى الاحترام. فغايه ما تدل عليه هذه الجمله المباركه هى لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف، و عدم جعله فى معرض الهلاكه، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام. أما الضمان فلا يستفاد من ذلك، و إلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بآفه سماويه، و لا شبهه فى أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه.

۳- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،

و على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه. و قد عرفت صدق المال على المنافع. و لذا تقع ثمنا فى البيع، و عوضا فى الخلع، و صداقا فى النكاح و هكذا و يتوجه على الاستدلال بها: أن المستفاد منها ليس

---

(۱) سوره البقره، الآيه: ۲۵۵.

(۲) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجمله فى ص ۹۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۰

الا الحكم التكليفى: أعنى به حرمه التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، أما الحكم الوضعى: أعنى به الضمان فلا يستفاد منها. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا «۱».

۴- قاعده نفى الضرر،

فان استيفاء منفعه مال المالك، و جعله مسلوب النفع ضرر عليه، و هو منفى فى الشريعه المقدسه.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن أدله نفى الضرر ليست مسوقه لإثبات الحكم الشرعى، و انما هى مسوقه لبيان نفى الحكم الضررى.

أضف الى ذلك: أن القاعده لا تفى بإثبات ضرر على أحد لنفى الضرر عن غيره، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض.

بل يمكن أن يقال: إن المنافع تتصرم، و تنعدم بنفسها، سواء فى ذلك استيفاء المالك و عدمه، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه

ضرر على المالـک، بل إنه من قبيل عـدم النفع، فلا موضوع للقاعـده أصـلا، و قـد تقـدم الكلام فيما يرجع الى الاسـتدلال بهـذه القاعده فى أمثال الموارد قريبا «۲».

و على الجمله: انه لا دلاله فى شى ء من الوجوه المتقدمه على ضمان المنافع المستوفاه.

نعم يمكن الاستدلال على الضمان – هنا – بأمرين:

۱– السيره القطعيه العقلائيه،

فإنها قائمه على أن أموال الناس لا تـذهب هـدرا، و عليه فإذا اسـتولى أحـد على مال غيره- سواء أ كان ذلک بعنوان الغصب، أم كان بعنوان آخر- ضمنه بجميع الخصوصيات التى هى دخيل فى

---

(۱) راجع ص ۹۰.

(۲) راجع ص ۹۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۱

الماليه، و حيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون دليلا على ضمان المنافع المستوفاه.

۲– قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن.

و هى بهذه الكيفيه و الخصوصيه و ان لم تذكر فى روايه خاصه، و لكنها قاعده كليه متصيده من الموارد الخاصه التى نقطع بعدم وجود الخصوصـيه لتلک الموارد، و عليه فتكون هـذه القاعـده متبعه فى كل مورد تمس بها الحاجه. و الموارد التى أخـذت منها هـذه القاعـده هى الرهن، و العـاريه، و المضـاربه، و الإجاره، و الوديعه، و غير ذلک من الموارد المناسـبه لها فإنه قـد وردت فيها الأخبار الكثيره [۱] الداله

---

[۱] عن إسـحاق بن عمّـار، قـال: سـألت أبـا إبراهيم (ع) عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم، فيهلک

أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل، وضعه. الحديث.

و عن سليمان بن خالد، عن أبى عبد اللّه (ع) قال إذا رهنت عبدا أو دابه فمات فلا شى ء عليك، و إن هلكت الدابه، أو أبق الغلام فأنت ضامن.

قال فى رهن التهذيب بعد نقل هذا الحديث: فالمعنى فيه أيضا أن يكون سبب هلاكها، أو إباقه شيئا من جهه المرتهن.

و عن أبان، عمن أخبره (و فى الفقيه أبان عن أبى عبد اللّه) عن أبى عبد اللّه

(ع) أنه قال فی الرهن: إذا ضاع من عند المرتهن من غیر أن یستهلکه رجع فی حقه علی الراهن فأخذه، فإن استهلکه تراد الفضل بینهما. الکافی ج ۵ من ط ۲ باب الرهن، ص ۲۳۴ و ۲۳۶.

و عن وهب، عن جعفر، عن أبیه (ع) إن علیا (ع) قال: من استعار عبدا مملوکا لقوم فعیب فهو ضامن. بناء علی أن العیب من ناحیه المستعیر. الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۲

علی أن إتلاف مال الغیر موجب للضمان، و قد استفاد منها الفقهاء رضوان اللّه علیهم قاعده کلیه: أعنی بها قاعده من أتلف مال غیره فهو له ضامن، فتحصل مما ذکرناه: أن المنافع المستوفاه مضمونه علی القابض.

- و عن الحلبی، عن أبی عبد اللّه (ع) قال سئل عن القصار یفسد؟ قال:

کل أجیر یعطی الأجر علی أن یصلح فیفسد فهو ضامن.

و عن السکونی، عن أبی عبد اللّه (ع) قال: کان أمیر المؤمنین (ع) یضمن القصار، و الصباغ و الصائغ احتیاطا علی أمتعه الناس. الحدیث.

و عن ابن أبی الصباح عن أبی عبد اللّه (ع) قال: سألته عن الثوب أدفعه إلی القصار، فیحرقه؟ قال أغرمه، فإنک إنما دفعته الیه لیصلحه، و لم تدفعه الیه لیفسده.

و عن السکونی، عن أبی عبد اللّه (ع) ان أمیر المؤمنین (ع) رفع الیه رجل استأجر رجلا لیصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمنه أمیر المؤمنین (ع) الکافی ج ۵ من ط ۲ باب ضمان الصناع ص ۲۴۱.

و عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: قضی أمیر المؤمنین (ع) فی رجل کان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غیره، قال: ان کان ضیع شیئا، أو أبق منه فموالیه ضامنون. الکافی

ج ۵ من ط ۲ ص ۳۰۲.

و إلى غير ذلك من الروايات المذكوره فى المصادر المزبوره و غيرها.

ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفاه

قد استدل ابن حمزه على عدم ضمان المنافع المستوفاه بالنبوى المشهور الخراج بالضمان [۱].

و يرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء ثانيا: أن الاستدلال المذكور منتقض بالمغصوب،- حيث إن ضمان المنافع المستوفاه فيه أمر بديهى لا يعرضه الشك. خلافا للحنفيه [۲].

ثالثا: أنه لا دلاله فى ذلك الحديث على ما يرومه المستدل، و ذلك لأنه يحتمل وجوها.

۱- أن يكون المراد من كلمه الخراج فيه ما هو المعروف فى باب الخراج و المقاسمه، و يكون المراد من كلمه الضمان فيه هو ضمان الأراضى الخراجيه بسبب التقبل و الإجاره.

و لا يخفى عليك: أن هذا الاحتمال- و ان لم نره فى كلمات الفقهاء رضوان اللّه عليهم، و لكنه أقرب المحتملات للإراده من الحديث، و وقتئذ يكون النبوى خارجا عما نحن فيه، و لا يكون مربوطا بالمقام أصلا و رأسا.

---

[۱] فى ج ۵ سنن البيهقى ص ۳۲۱ عن عائشه، قالت: قال رسول اللّه (ص) الخراج بالضمان و فى جمله أخرى من الروايات: أنه قضى رسول اللّه (ص) أن الخراج بالضمان و فى ص ۳۲۲ عن عائشه عن رسول اللّه (ص) الغله بالضمان.

[۲] فى شرح فتح القدير ج ۷ ص ۳۹۴: و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه لأنها حصلت على ملك الغاصب، الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.

۲- أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح و غيره. و يراد من الضمان المعنى اللغوى: أعنى به مطلق العهده، سواء أ كان ذلك أمرا

اختياريا مترتبا على العقود الصحيحه، أو الفاسده، أم كان امرا غير اختيارى مترتبا على الغصب و عليه فيكون المراد من الباء فى كلمه (بالضمان) هو السببيه أو المقابله.

و حينذاك فمعنى الحديث: أن المنافع الحاصله من الأموال المأخوذه بالعقود الصحيحه أو الفاسده، أو المأخوذه بالغصب مملوكه للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكيه المنافع. و عليه فتدل الروايه على عدم ضمان المنافع المستوفاه كما عليه ابن حمزه.

و لكن من البعيد جدا، بل من المستحيل عاده ذهاب ابن حمزه- الذى هو من أعظم فقهائنا الإماميه- إلى مثل هذا الرأى، بل هو يناسب مثل أبى حنيفه الذى افتى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين. و قد نقلنا رأيه قريبا فى الحاشيه.

٣- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان خصوص الضمان الاختيارى المترتب على العقود الصحيحه التى أمضاها الشارع المقدس- كالبيع و الإجاره و نحوهما- و عليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطا بما أفتى به ابن حمزه، ضروره أن مورد كلامه البيع الفاسد، لا البيع الصحيح ۴- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان الضمان المعاملى الاختيارى، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع المقدس، أم لم يكن ممضى له، فيشمل البيع الصحيح و الفاسد كليهما. و على هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركا لابن حمزه.

و يتوجه عليه: أنه لا قرينه فى الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال، دون سائر الاحتمالات، بل قد عرفت قريبا أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۵

للإراده من الحديث و يضاف الى ذلك: أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كل من استوفى شيئا من منافع العين فلا بد و أن يرد ذلك

الى الضامن و ان كان المستوفى هو المالك للعين، و من الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه.

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزه من جمله من الروايات [۱]

---

[۱] عن إسحاق بن عمار، قال: أخبرنى من سمع أبا عبد اللّه (ع) يقول و قد سأله رجل و أنا عنده، فقال له: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه. فقال له: أبيعك دارى هذه، و تكون لك أحب إلىّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى أنى إذا جئتك بثمنها إلى سنه تردها علىّ؟ قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلى سنه ردها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشترى، أ لا ترى أنها لو أحرقت لكانت من ماله؟

مرسله.

و عن معاويه بن ميسره، قال، سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه (ع) عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط أنك إن أتيتنى بما لى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين؟ فقال: هو ماله، و قال أبو عبد اللّه (ع): أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشترى، مجهوله بمعاويه بن ميسره؟

الحاصر الجدار. الوافى ج ۱۰ ص ۶۹.

و عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبى إبراهيم (ع) الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفه على من يكون؟ قال: على مولاه. ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون؟ قلت:

هو فی عنق العبد. ثم قال أ رأيت لو-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۶

الوارده فی مواضيع شتی: مثل قوله (ع)- فی مقام الاستشهاد علی كون منفعه الدار المبيعه فی زمان الخيار للمشتری-: (ألا تری أنها لو أحرقت لكانت من ماله؟). و تفضل (ع) بنظير ذلك أيضا فی روايه أخری. و كقوله (ع)- فی الرهن-: (و كذلك يكون عليه ما يكون له).

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكوره ليست مسوقه لبيان الكبری الكليه، بل الغرض منها هو التنبيه علی أن الدار ملك للمشتری، و الرهن ملك للراهن، فيكون نماء الدار مملوكا لمالكها، و نماء الرهن مملوكا لمالكه، و هذا ظاهر.

ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟

اشاره

قوله: (و أما المنفعه الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان).

أقول: المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائته بغير استيفاء- أيضا- مضمونه علی القابض، بل الظاهر من الحلی هو حكايه الإجماع علی ذلك حيث حكی عن السرائر فی آخر باب الإجاره الاتفاق علی ضمان منافع المغصوب الفائته، مع قوله فی باب البيع: إن البيع الفاسد عند المحصلين يجری مجری الغصب و الضمان.

بل يقتضی الحكم بالضمان صدق عنوان المال علی تلك المنافع فإنها عندئذ تكون مشموله لقاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن.

و لكن التحقيق هو عدم الضمان- هنا- لعدم الدليل عليه، و سيتضح

- كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مأتی دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه. قال:

و كذلك يكون عليه ما يكون له. موثقه بابن عمار. الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۶.

و التهذيب ج ۷ من ط ۲ ص ۱۷۲.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۳۷

لك وجهه.

ثم لا يخفى عليك: أن التكلم- هنا- فى الضمان و عدمه انما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان

فى المنافع المستوفاه، أما إذا لم نقل به- هناك- فعدمه- هنا- بالأولويه القطعيه.

و أيضا لا يخفى عليك ما فى كلام المصنف من الاضطراب، فإنه تاره يفتى بالضمان، و اخرى يفتى بعدمه. و ثالثه يتوقف فى المسأله.

ثم إن مورد البحث- هنا- ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحيه وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد، و إلا يكون ذلك من مصاديق المغصوب و يجرى عليه حكمه.

ثم إن الأقوال فى المسأله- ظاهرا- خمسه:

١- الضمان مطلقا، و قد ذهب اليه المشهور.

٢- عدم الضمان كذلك، كما عن فخر المحققين فى الإيضاح.

٣- التفصيل بين علم البائع بالفساد، و بين جهله به، فيحكم بعدم الضمان فى الأول، و بالضمان فى الثانى.

۴- القول بالتوقف فى الصوره الثالثه.

۵- التوقف على وجه الإطلاق.

أما القول بالتفصيل فحيث إنا لم نقل به فى المنافع المستوفاه، فلا نقول به- هنا- أيضا، لأن القائل بعدم الضمان- فى صوره العلم بالفساد- انما توهم ذلك من جهه أن المالك قد سلط القابض على ماله لكى يتصرف فيه كيف يشاء و لكنا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك- فى مورد بحثنا- انما كان مشروطا بحصول الملكيه الشرعيه، و هى لم تحصل، و المفروض أنه لم يحصل

- هنا- اذن آخر جديد. و اذن فالمسألتان من حيث الضمان و عدمه سيان.

أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا يعد رأيا خاصا فى المسأله، بديهه أن واقع التوقف ليس إلا إظهار الجهل بالحكم، و من البيّن الذى لا ريب فيه أن الجهل بالحكم لا يعد قولا برأسه. و اذن فيبقى القولان الأولان: أعنى بهما القول بالضمان على وجه الإطلاق، و القول بعدمه كذلك.

و يحسن بنا أولا أن نقدم

مقدمه أمام البحث عن هذين القولين.

و حاصلها: أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبه للمغصوب منه بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه، للسيره القطعيه العقلائيه، فإنها قائمه على أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر و العدوان لزم عليه رده على مالكه بجميع خصوصياته و شؤونه، و من الواضح أن منافع المال تعد من شؤونه، سواء أ كانت مستوفاه، أم لم تكن كذلك، فتكون مضمونه على القابض.

و يضاف الى هذه السيره أمران:

١- قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن. و قد عرفت قريبا:

أن هذه القاعده مأخوذه من الأخبار الكثيره الوارده في مواضيع شتى، و من الواضح أن الغاصب قد أتلف المنافع المترتبه على المغصوب فتكون مضمونه عليه ٢- الأخبار «١» الداله على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه و خصوصياته، و لم نجد مخالفا في ذلك من الخاصه و العامه. إلا الحنفيه «٢».

---

(١) الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب الغصب. ص ٣٢٥.

(٢) قد أشرنا إلى رأيهم في ص ١٣٣.

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزه الى عدم الضمان في منافع العين المقبوضه بالعقد الفاسد، سواء في ذلك المنافع المستوفاه و غيرها و لكن ذلك غريب عن المغصوب.

و على هذا فيجب على الغاصب رد العين المغصوبه على المغصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائته بغير استيفاء، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمه، و لعل هذا المعنى هو المقصود من العباره المعروفه بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و الا فلا وجه لها بوجه.

نعم لا يحكم بكون المغصوب مضمونا على الغاصب بالخصوصيات

الشخصيه التى لا دخل لها فى زياده الماليه، ضروره أنه لا دليل على الضمان فى أمثال ذلک.

ثم لاـ يخفى عليک أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائته إذا استند فوتها اليه. أما لو استند ذلک الى المالک فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب. فى أمثال ذلک.

و مثاله: أنه إذا كان من طبع المالک الانتفاع من ماله فى زمان دون زمان، و غصبه الغاصب، و تركه على حالته الأوليه لم يضمن إلا بمنافعه المستوفاه، دون منافعه الفائته بغير استيفاء، فالمنافع التى لا تكون العين معده لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء.

إذا عرفت ما تلوناه عليک

فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان المنافع مطلقا، لوجوه:

١- حديث ضمان اليد،

بدعوى أنه شامل للمنافع الفائته بغير استيفاء لكونها مقبوضه بتبع قبض العين، و من هنا يتحقق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتدخل المنفعه- بذلک- فى ضمان المستأجر. و يتحقق قبض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٠

الثمن فى السلم بقبض الجاريه التى جعلت خدمتها ثمنا، و كذلک يتحقق قبضه بقبض الدار التى جعل سكناها ثمنا.

و يرد عليه أولا: أن حديث ضمان اليد ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء، و قد عرفته فيما تقدم «١».

ثانيا: أنه لا يشمل المنافع المستوفاه فضلا عن شموله للمنافع غير المستوفاه، و قد تقدم ذلک قريبا «٢».

ثالثا: أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفاه، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائته بغير استيفاء، لأن لفظ الأخذ- فى الحديث المزبور- و إن كان كنايه عن الاستيلاء على الشى ء، و لكن لاـ يصح تعلقه بالمنافع الفائته بغير استيفاء، لعدم تحققها بالفعل و إن كانت موجوده بالقوه، إلا أن الوجود الاستعدادى لا يصحح صدق الاستيلاء الموجب للضمان.

نعم إذا قدرت هذه المنافع المعدومه بتقدير خاص- كما فى الإجاره- صح تعلق الاستيلاء بها.

قيل:

ان المنافع غير المستوفاه كما لا تقبل الأخذ، كذلك لا تقبل القبض- أيضا- لأن قبضها عباره عن استيفائها، و معه تخرج عن حدّ العدم و تصير من قبيل المنافع المستوفاه، و إذن فتكون خارجه عن مركز بحثنا، لأن مورد بحثنا- هنا- إنما هو المنافع الفائته بغير استيفاء، لا المنافع المستوفاه و الجواب عن ذلك: أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد، لأنه قد يتحقق بالتخليه بين المال و مالكه، و قد يتحقق بالأخذ، و قد يتحقق بإرجاع أمر الشی ء إلی شخص. و من البيّن أن قبض المنافع غير المستوفاه انما يتحقق

---

(١) ص ٨٨.

(٢) ص ١٢٨.

بإرجاع زمام العين و رقبتها الى مالک منافع العين، و هذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.

و قال المحقق الخراسانی: إن (مورده (أی حديث ضمان اليد) و إن كان مختصا بالأعيان، إلا أن قضيه كونها مضمونه ضمان منافعها. فضمان المنافع فی الإجاره الفاسده انما يكون بتبع ضمان العين المستأجره.

و بالجمله: قضيه ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها. فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها).

و يتوجه عليه: أنه ان كان غرضه من هذه العباره: أن ماليه الأعيان باعتبار منافعها المرغوبه للعقلاء- فضمان العين يستلزم ضمان ماليتها المتقومه بالمنافع- فهو متين، لأن العين بما هی هی ليست لها ماليه بوجه، بل ماليتها بلحاظ منافعها، و لكن لا دلاله فی ذلک على ضمان المنافع المستوفاه فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفاه، و هذا واضح.

و إن كان غرضه من العباره المذكوره: أن ضمان الأعيان عله لضمان منافعها فهو مصادره واضحه.

أضف الى ذلک: أن ضمان المنافع المستوفاه أمر بديهی و ان لم تكن العين مضمونه، كما إذا

استوفى عمل حر، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون و لكن عمله مضمون.

٢- قوله عجل اللّه فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه «١»).

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء، فلا يمكن الاستناد إليه فى شى ء من المسائل الفقهيه.

ثانيا: أن نسبه عدم الحل الى التصرف فى مال الغير ظاهره فى الحكم

---

(١) قد ذكرناه فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١۴٢

التكليفى، لا- فى الحكم الوضعى، و لا- فى الأعم منهما، و عليه فلا دلاله فى الروايه على ضمان الأعيان فضلا عن دلالتها على ضمان المنافع.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات «١»- الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه- على الضمان- هنا- ضروره أن الظاهر من نسبه الحل الى المال انما هو إراده حرمه التصرف فيه، على ما ذكرناه مرارا. و من البين أن هذا لا يناسب إلا- الحرمه التكليفيه، لا- الحرمه الوضعيه كما أن المراد من حرمه الأمهات و البنات و الخالات حرمه نكاحهن. و اذن فتبعد الروايات المزبوره عن الدلاله على الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

٣- قوله (ع) فى جمله من الروايات «٢»: حرمه ماله (أى المؤمن) كحرمه دمه،

بدعوى أن ماليه الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها. و عليه فنفس المنافع من الأموال، بل من مهماتها، و إذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجمله الشريفه المذكوره، فيثبت بذلك احترامها و ضمانها.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن الجمله المزبوره و إن وردت فى موثقه ابن بكير و غيرها، و لكن لا- دلاله فيها على الضمان بوجه «٣».

۴- قاعده نفى الضرر،

حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك «۴».

و يتوجه عليه: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضا، فتقع المعارضه فى شمول القاعده لكلا الطرفين.

(۱) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ۱۳۸.

(۲) قد ذكرناها فى ص ۹۱.

(۳) قد عرفت تفصيل ذلك فى ص ۹۱.

(۴) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعده فى ص ۹۴.

و يضاف الى ذلك: أن القاعده المذكوره انما تنفى الأحكام الضرريه، و لا دلاله فيها على إثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله.

۵- قاعده من أتلف،

و قد استدل بها السيد فى حاشيته- عند قول المصنف: فالمشهور فيها أيضا الضمان و إليك نصه: (هذا هو الأقوى بمعنى:

أن حالها حال العين، لقاعده الإتلاف، فإن الاستيلاء على العين، و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها، و يصدق عليه الإتلاف عرفا، و لذا نحكم بالضمان لها فى الغصب).

و يتوجه عليه: أنا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائته بغير استيفاء إلا إذا استند الفوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكه من التصرف فيه. و حينئذ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب

۶- الإجماع،

و قد استظهره المصنف من السرائر و التذكره، و استند اليه فى الحكم بالضمان هنا.

و يرد عليه: أنه لا وجه لدعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل الخلافيه إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان- هنا- ما ذكرناه من الوجوه الماضيه، و يتضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم فى المقام.

و من هنا ناقش السيد فى كلام المصنف، و قال: (الإنصاف أنا لو فرضنا عدم تاميه ما ذكرنا من الأدله على الضمان لا وجه للقول به من جهه هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجيه الإجماع المنقول، و عدم معلوميه الشمول للمقام).

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث دفع المناقشه المزبوره بأن (اختياره (أى المصنف) الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع

المنقول، مع أنه قده منكر لحجيته فى الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهه كشف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۴۴

اتفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع).

و وجه العجب: أن المصنف قد ناقش فى كلتا القاعدتين صريحا فى صدر كلامه، و حكم بعدم إمكان التمسك بهما- هنا- و

معه كيف يعتمد عليهما فى ذيل كلامه.

و المصنف و ان ناقش فى حجيه نقل الإجماع فى فرائده، الا أنه اعتمد عليه فى محل البحث و غيره.

و نتيجه البحث الى هنا: هى أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفاه، لعدم الدليل عليه.

و يؤيد ما ذكرناه- من عدم الضمان هنا- ما ورد من الروايات «۱» فى ضمان المنافع المستوفاه من الجاريه المسروقه المبيعه، فإن هذه الأخبار- مع ورودها فى مقام البيان- غير متعرضه للضمان بمنافعها غير المستوفاه.

و أيضا يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس «۲» الذى ورد فيمن باع وليده أبيه بغير اذنه، فقال الامام (ع): الحكم أن يأخذ الوليده و ابنها، و سكت (ع) عن بيان الضمان فى المنافع غير المستوفاه.

و يضاف الى ذلك كله: أن المنافع غير المستوفاه- فى المقبوض بالعقد الفاسد- مورد لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضروره أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائته بغير استيفاء لأنها ملك للمشترى مجانا، كذلك البيع الفاسد.

و هذا لا ينتقض بالقول بالضمان فى المنافع المستوفاه، و ذلك لصدق

---

(۱) قد ذكرناها فى ص ۸۹.

(۲) راجع التهذيب ج ۲ ص ۱۳۸. و سيأتى التعرض لهذا الخبر فى البحث عما استدل به على صحه البيع الفضولى.

الإتلاف على استيفائها، فتكون مندرجه تحت قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن.

قيل: ان المقبوض بالعقد الفاسد، و المغصوب سيان فى ذلك، و الالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق و القواعد الفقهيه.

و الجواب عن ذلك: أن الفارق بينهما كالشمس فى كبد السماء، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر و العدوان، فيكون مضمونا عليه بجميع خصوصياته و هذا بخلاف المقبوض

بالعقد الفاسد. فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره، و المفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه. و عليه ففوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع، لا إلى القابض و اذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب، و عليه فتصبح المنافع الفائته بغير استيفاء غير مضمونه فى المقبوض بالعقد الفاسد.

ما هو الدليل على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى

اشاره

قوله: (الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافى).

أقول: لا يخفى عليك: أن ظاهر عباره المصنف هو ذهاب الإسكافى إلى ضمان القيمه فى المثلى، و هذا مناف لما سيأتى منه قريبا [١] من نسبته ضمان المثل فى القيمى إلى الإسكافى.

و المظنون قويا- و اللّه العالم- هو وقوع السقط فى عبارته- هنا-

---

[١] قال فى الأمر السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه، ثم قال بعد أسطر: فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١۴۶

فكأنه قال: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله، و إن كان قيميا وجبت قيمته بلا خلاف فى ذلك بين الأصحاب، إلا عن الإسكافى، فإنه حكم بضمان المثل فى القيمى أيضا.

و كيف كان

فقد استدل على ضمان المثل فى المثلى و ضمان القيمه فى القيمى بوجوه شتى:

١- قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه «١».

و يرد عليه أنه لا دلاله فيه على مذهب المشهور: أعنى به الحكم بضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءا فى عهده الآخذ، و إذا تعذر أداؤها بعينها انتقل الضمان إلى المثل. و إذا تعذر المثل أيضا انتقل إلى القيمه، من غير فرق فى ذلك بين المثلى و القيمى.

و لا ريب فى أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقا تاما، بل مقتضاه أن ضمان القيمه فى طول ضمان المثل، كما

أن ضمان المثل فی طول الضمان بنفس العين التی أخذت من مالكها بغير سبب شرعی.

و قد ظهر لک مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضـمان اليد غير متعرض لأداء البدل، بل هو ظاهر فی وجوب رد العين إلی مالكها، و لا شک فی أن

هذا الوجوب يسقط بتلف العين.

كما أنه ظهر لك مما بيناه- أيضا- فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف (مما يتمول عرفا و شرعا، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردهما حين بقائهما لجهه حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان).

و وجه الفساد: هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير. بدون سبب

---

(۱) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوى فى ص ۸۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۴۷

شرعى يوجب ضمانه، و إذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضا بقى التالف فى عهده الضامن، إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه- مع تعذر مثله- إلى قيمته.

و لكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند و غير منجبر بشى ء، كما سمعته مرارا، فلا يمكن الاستناد إليه فى شى ء من الأحكام الفرعيه

۲- ما دل على احترام مال المؤمن، و أن حرمه ماله كحرمه دمه «۱»

و لكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالته على الضمان بوجه، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفى، و عليه فيدل على حرمه التصرف فى مال المؤمن بدون إذنه و طيب نفسه.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا دلالته على ثبوت الضمان و لكن لا نسلم دلالته على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمه فى القيمى، بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعى.

۳- الروايات «۲» الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه- بعد أن أولدها المشترى- أخذها صاحبها، و أخذ المشترى ولده بالقيمه،

حيث إن حكم الامام (ع) بضمان قيمه الولد ظاهر فى أن ضمان القيمى بالقيمه و الجواب عن ذلك: أن هذه الروايات و إن كانت صريحه فى الضمان إلا أنها غير ظاهره فى ضمان المثل فى المثلى، و فى ضمان القيمه فى القمى، نعم هى غير خاليه عن الاشعار بذلك و قد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان فى قاعده ما يضمن.

۴- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمه فى القيمى

---

(۱) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك فى ص ۹۱.

(۲) قد تقدمت هذه الروايات فى ص ۸۹.

و يتوجه عليه: أنا ذكرنا مرارا أن الإجماع لا يكون حجه إلا مع القطع بكشفه عن رأى المعصوم (ع) و من البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك مشكل جدا، بل المظنون قويا هو استناد المجمعين- هنا- إلى الوجوه المتقدمه و لا يفرق فيما ذكرناه بين الإجماع المنقول، و الإجماع المحصل.

أضف إلى ذلك: أن الإجماع- هنا- قد انعقد على مفهوم مجمل، لا مفهوم مبيّن لكى يكون النزاع- عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمه- فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

۵- قوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱»

و عن الشيخ أنه استدل بهذه الآيه- فى المبسوط و الخلاف- على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى، بدعوى أن المماثله إنما تقتضى ذلك.

و لكن الظاهر أنه لا دلاله فيها على ما يرومه المستدل، إذ الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمور ثلاثه:

الأول: أن تكون كلمه (ما) فى الآيه الكريمه موصوله، لا مصدريه.

الثانى: أن يراد من هذه الكلمه الموصوله الشى ء المعتدى به: بأن يكون المعنى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الشى ء الذى اعْتَدىٰ به عَلَيْكُمْ.

الثالث: أن يراد من كلمه المثل فى الآيه الشريفه المثل فى المثلى، و القيمه فى القيمى، و أنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها.

أما الأمر الأول فيرده أنه لا قرينه على أن يراد من كلمه (ما) كونها موصوله، بل يحتمل أن تكون مصدريه غير زمانيه، و عليه فتكون معنى الآيه: أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، و إذن فتختص الآيه بالاعتداء بالأفعال. و تبعد عن مورد البحث، بداهه أن مماثل

الإتلاف هو الإتلاف،

---

(۱) سوره البقره، الآيه: ۱۹۴.

دون الضمان، و من الواضح أن هذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآيه الكريمه على المقصود.

بـل المحكى عن المحقق الأردبيلى فى آيات أحكامه هو تعين هـذا الاحتمال فإنه بعـد ما ذكر جمله من الآيات- التى منها الآيه المتقدمه- الظاهره فى جواز الاعتداء بالمثل قال: فيها دلاله على جواز القصاص فى النفس، و الطرف، و الجروح. بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب، و شتم المشتوم بمثل فعلهما- إلى أن قال- و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى أما الأمر الثانى فيرده أنه لا قرينه على أن المراد من الشى ء هو المعتدى به: أعنى به الأعيان الخارجيه من النقد و العرض، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء، و عليه فتكون الآيه غريبه عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمه (ما) فيها موصوله.

و يحتمل أن يراد من الشى ء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآيه على جواز اعتداء المضروب بالضرب، و اعتداء المشتوم بالشتم و على جواز إتلاف المال فى مقابل الإتلاف، و على جواز أخذ الحنطه بدل الحنطه و أخذ الفضه بدل الفضه و هكذا.

و على هذا الاحتمال لا يستفاد من الآيه الضمان- أيضا- بل و لا جواز تملك المغصوب منه شيئا مما أخذه من الغاصب، بل غايه ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف فى أموال الغاصب على سبيل التقاص، بلا كونها ملكا للمتصرف، ضروره أنه لا ملازمه بين جواز التصرف فى شى ء و بين كونه ملكا للمتصرف، و من هنا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه مع عدم كونه

ملكا للآخذ بناء على أنها تفيد الإباحه فقط.

و لو أغمضنا عن جميع ذلک، و سلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشی ء

المعتدی به، و لکن لا نسلم انطباق الآیه علی مسلک المشهور من جمیع الجهات بدیهه أن مفاد الآیه علی هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدی به، و علیه فتکون الآیه ظاهره فی ضمان المثل فی کل من المثلی و القمی، و حینئذ فإذا تعذر المثل کان دفع القیمه بدلا عن المثل الثابت فی الذمه، لا بدلا عن العین التالفه ابتداء کما یرومه المستدل.

أما الأمر الثالث فیرده عدم وجود القرینه علی إراده ضمان المثل من الآیه فی المثلی، و إراده ضمان القیمه فی القیمی، لأن المماثله لا تقتضی هذا المعنی بل هی أعم من ذلک.

و تحصل من جمیع ما ذکرناه: أنه لا دلاله فی شی ء من الوجوه الماضیه علی مسلک المشهور: أعنی به ضمان المثل فی المثلی و ضمان القیمه فی القیمی.

و التحقیق: أن یستدل علی ذلک بالسیره، کما أنا اعتمدنا علیه فی القول بالضمان فی أصل المسأله: أعنی بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد.

و بیان ذلک: أن العقلاء متفقون علی أن الإنسان إذا أخذ مال غیره، و وضع یده علیه بغیر سبب شرعی ضمنه بجمیع خصوصیاته الشخصیه و المالیه و النوعیه، و أنه لا یخرج عن عهدته إلا برد عینه علی مالکه و إذا تلفت العین وجب علی الضامن رد ما هو أقرب إلیها، لأن تلفها لا یسقط الضمان عنه جزما، و من الواضح أن الأقرب إلی العین التالفه إنما هو المثل فی المثلی و القیمه فی القیمی، و علی هذا فلا یکتفی برد أحدهما فی موضع الآخر إلا برضی

المالک، و هذا واضح لا شک فیه.

و یؤید ذلک: أن المرتکز فی أذهان العقلاء هو أنه لا یحصل فراغ الذمه إلا بأداء المثل فی المثلی، و بأداء القیمه فی القیمی.

ما هو الفارق بین المثلی و القیمی

قد اختلفت کلمات الفقهاء فی ذلک:

فعن الشیخ و الحلی و المحقق و العلامه و جمع آخر: أن المثلی ما تتساوی أجزاؤه من حیث القیمه. بل هذا هو المشهور بین الأصحاب.

و عن التحریر: أنه ما تمالت أجزاؤه، و تقاربت، صفاته.

و عن الدروس و الروضه: أنه المتساوی الأجزاء و المنفعه المتقارب الصفات و عن غایه المراد: أنه ما تتساوی أجزاؤه فی الحقیقه النوعیه.

و عن بعض العامه: أنه ما قدر بالکیل و الوزن.

و عن آخر منهم: زیاده جواز بیعه سلما.

و عن ثالث منهم: زیاده جواز بیع بعضه ببعض، و إلی غیر ذلک من التعاریف.

أما القیمی فعرفوه بعکس ما عرفوا به المثلی.

ثم إنه قد کثر النقض و الإبرام حول التعاریف المذکوره تاره بعدم الاطراد و اخری بعدم الانعکاس، و ثالثه من سائر الجهات.

و لکن لا- یهمنا التعرض لشی ء من تلک التعاریف، و لا- التعرض لما یتوجه علیها من المناقشات، ضروره أن لفظی المثلی و القیمی لم یردا فی آیه، و لا- فی روایه، و لا- انعقد علیهما إجماع: لا- المحصل، و لا المنقول لکی نبحث عنهما تاره من حیث الشرح و التفسیر، و اخری من حیث الاطراد و الانعکاس، و ثالثه من سائر الجهات، بل ذکرهما الفقهاء لتعیین ما وجب علی الضامن حین الأداء، و لعل هذا هو المقصود من التعاریف المذکوره من غیر

أن یجعلونها تعاریف حقیقیه و لعله من هذه الجهه أضیف إلی تعریف المثلی

أنه يجوز بيعه سلما، أو بعضه ببعض كما عرفته قريبا، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف التعاريف الحقيقيه لما جاز ذكرهما فيها، لأنهما من الأحكام الشرعيه فلا معنى لأخذها فى التعريف و إذن فالتعاريف المذكوره و غيرها كلها تعاريف لفظيه و انما ذكرت هنا لبيان غرض وحدانى، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد.

و توضيح ذلك إجمالا: أن أوصاف الأشياء على قسمين، إذ قد يكون لها دخل فى الماليه، و قد لا يكون لها دخل فى الماليه بوجه:

أما القسم الثانى فهو خارج عن مركز بحثنا، لعدم دخله فى ماليه الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان.

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثله بحسب النوع أو الصنف فهو مثلى، ضروره أن أفراد الكلى مع فرض تماثلها متساويه الأقدام و متقاربه الأوصاف من دون تفاوت بينها فى نظر العرف، و ان كان بينها فرق بالدقه العقليه، و ان لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمى.

و على هذا فالمراد من كلمه الأجزاء التى ذكرت فى التعاريف المتقدمه انما هو أفراد الطبيعه، لا أجزاء المركب، كما هو واضح، و هذا هو الحجر الأساسى و الضابط الكلى فى المقام و قد اتضح لك مما بيناه: أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص- فى الخارج- بالاتحاد النوعى و الصنفى، أما الاتحاد الجنسى فهو بنفسه لا يصحح التماثل فى جميع الموارد، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم لا يخفى عليك: أن المثلى و القيمى يختلفان بحسب الأزمنه و الأمكنه فان الأثواب و ان كانت من القيميات فى الأيام السالفه، و لكنها أصبحت من المثليات- غالبا- فى العصر الحاضر، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد و أنها متماثله الأفراد فى الخارج غالبا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳،

و من هنـا ظهر: أن النقود الرائجه من المثليـات، لتسـاوى أفرادهـا على النهـج المزبور. أمـا الجواهر فهى قيميه، لاختلاف أفرادها- غالبـا- إذ قـد يسـاوى مقـدار حمصه من اليـاقوت- مثلاـ- ربع دينـار، و يسوى فرد آخر منه بالمقـدار المزبور مأه دينار. و هكـذا الفيروزج و أشباهه.

و على الجمله: أن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلى للمثلى و القيمى يوضح لنا الشبهات الوارده على تعاريفهما فافهم و اغتنم.

ما هو الضابط فيما شک فی کونه مثليا أو قيميا؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فی كثير من الأشياء إنها مثليه أو قيميه:

منها الذهب و الفضه المسـكوكان، فقد حكى التصريح- عن الشيخ فى المبسوط- بكونهما قيميين، و ظاهر غير واحد من الفقهاء أنهما مثليان.

و منهـا الحديـد، و النحاس، و الرصاص، فان الظاهر من العبائر المحكيه عن المبسوط و الغنيه و السـرائر أنها من قبيل القيميات، و لكن حكى التصريح عن العلامه- فى التحرير- بأن أصولها مثليه، الا أن المصوغ منها قيمى.

و منهـا الرطـب، و العنـب، و الزبيـب، و التمر، حيث حكى التصـريح عن الشـيخ- فى المبسـوط- بكـون الأولين قيميين، و كـون الأخيرين مثليين، و عن العلامه- فى المختلف- أن فى الفرق إشـكالا، بل ذكر المصـنف أنه صـرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين.

و إلى غير ذلک من الموارد الكثيره التى لم يستوضح كونها مثليه أو قيمه. و كذلک لم يستوضح أن الأصل اللفظى- فى الموارد المشكوكه- هل يقتضى كونها مثليه إلا ما خرج بالدليل، أم يقتضى كونها قيميه إلا ما خرج بالدليل.

و لعل الوجه فى ذلک: أن الأئمه (ع) قد أغفلوا هذه الجهات، و لم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلى فى ذلک، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان

فی موارد شتی، و لم یتعرضوا لکیفیه الضمان إلا فی موارد قلیله.

و علیه فإذا علمنا بکون شی ء مثلیا أو قیمیا لانطباق ما ذکرناه- من الضابط الکلی- علیه فهو، و إن شک فی ذلک فلا بد من الرجوع إلی الأصول العملیه، و قرروا ذلک بوجوه شتی:

۱- القول بضمان المثل فقط، لا غیر.

۲- القول بضمان القیمه فقط، لا غیر.

۳- القول بتخییر المالک بین المثل و القیمه.

۴- القول بتخییر الضامن بینهما.

أما الوجه فی الحکم بضمان المثل فقط فلأن الواجب علی الضامن ابتداء إنما هو أداء المثل حتی فی القیمیات، لکونه أقرب إلی التالف من غیره. أما أداء القیمه فی القیمیات فإنما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا یوجد- غالبا- مثل للقیمیات فی الخارج.

ثم إن فراغ الذمه بأداء ما یحتمل تعینه قطعی، و بأداء غیره مشکوک فیه، فالأصل هو عدم سقوط ما فی ذمه الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بین التعیین و التخییر وجب الأخذ بما احتمل تعینه.

و یرد علیه: أن الواجب علی الضامن ابتداء إنما هو أداء القیمه فی القیمیات، دون أداء المثل، و قد عرفت ذلک قریبا.

و یضاف إلی ذلک: أنا لو سلمنا صحه المبنی، إلا أنا لا نسلم صحه البناء و ذلک لأن القاعده تقتضی الالتزام بالتعیین تاره، و بالتخییر اخری، لا الحکم بالأخذ بما احتمل تعینه.

و بیان ذلک: أنه إذا کان- هنا- حکم واحد، و دار أمره بین التعیین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۵۵

- لاحتمال الأهمیه- و بین التخییر حکم بالتخییر، و لم یؤخذ بمحتمل الأهمیه و إذا کان- هنا- حکمان، و دار أمرهما بین التعیین و التخییر- فی مرحله الامتثال و الفعلیه من ناحیه المزاحمه- وجب الأخذ بما

احتمل تعينه.

و الوجه فى ذلك: أن المزاحمه بين الحكمين- فى باب المزاحمه- إنما نشأت من شمول الإطلاق- فى كل من الحكمين- لحال الإتيان بمتعلق الآخر، و إذا استحال امتثالهما معا فى مورد المزاحمه لم يبق كلا الإطلاقين- معا- على حالهما. و عليه فان كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر أخذ به، و سقط الإطلاق فى ناحيه المهم، و إذا كان ملاك كل منهما مساويا لملاك الآخر سقط كلا الإطلاقين، لبطلان الترجيح بلا مرجح، و إذا كان أحد الحكمين محتمل الأهميه وجب الأخذ به، و سقط الإطلاق فى غيره قطعا.

و الوجه فى ذلك: أنه لا يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم- بعد إحرازه- إلا بعجزه عن الامتثال تكوينا أو بتعجيز المولى إياه: بأن يأمره بما لا يجتمع معه فى الخارج و إذا لم يوجد شى ء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت و استحقاق العقوبه عليه.

و على هذا فإذا كان أحد الحكمين المتزاحمين معلوم الأهميه فلا شبهه فى وجوب الأخذ به، لأن الملاك فى الطرف الآخر و ان كان ملزما فى نفسه، الا أن تفويته مستند الى تعجيز المولى، ضروره أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته فى الأهم، فإذا أتاه المكلف كان معذورا فى ترك المهم، و تفويت ملاكه، و هذا بديهى لا ريب فيه.

و إذا كان أحد الحكمين المتزاحمين محتمل الأهميه فأيضا لا شبهه فى لزوم الأخذ به، و ذلك لما عرفته- قريبا- من أنه لا يجوز للمكلف عقلا أن يترك الملاك الملزم- بعد إحرازه- الا بالعجز عن الامتثال تكوينا، أو تشريعا و من الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهميه، و لو بترك الآخر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۵۶

و اذن فلا

يجوز ترک محتمل الأهميه، لحکم العقل بالاشتغال، و استحقاق العقاب على تحرکه من غير عذر.

و لا يخفى عليک: أن هذه الکبرى التى قد مناها فى المتزاحمين لا تجرى فى فرض اتحاد الحکم الذى دار أمره بين التعيين و التخيير، کالشک فى أن تقليد الأعلم واجب تعيينى، أو أن المکلف مخير بينه و بين تقليد غير الأعلم حيث ان- هنا- حکما واحدا يحتمل تعلقه بالمعين، و يحتمل تعلقه بالجامع، بينه و بين غيره، و حينئذ فتعلقه بالجامع معلوم، و بالخصوص مجهول، فيدفع بالبراءه.

و بعباره اخرى: أنا نعلم- فى أمثال ذلک- بتعلق التکليف فى الجمله بالجامع الانتزاعى الذى يعبر عنه بعنوان أحد الشيئين، و لکنا نشک فى کونه مأخوذا على نحو الإطلاق، أو متقيدا، بقيد خاص، و من الواضح أن الشک فى أمثال ذلک و ان کان شکا فى الامتثال، الا أن منشأ ذلک هو الشک فى إطلاق الحکم و تقيده، فإذا رفعنا احتمال التقيد بأصاله البراءه ارتفع الشک فى الامتثال أيضا، و اذن فيحکم بالتخيير و بجواز الاکتفاء بکل واحد من الطرفين فى مرحله الامتثال.

و مقامنا من هذا القبيل، لأن ثبوت ماليه التالف فى ذمه الضامن معلوم الا أن ثبوت تعينها بخصوص المثل مشکوک فيه، فيدفع بالبراءه، و اذن فاحتمال تعين المثل من ناحيه لزوم الأخذ بمحتمل الأهميه عند دوران الأمر بين التعيين و التخيير ضعيف جدا.

و لکن التحقيق مع ذلک: هو تعين الضمان بالمثل- عند الشک فى ضمان المثل أو القيمه- و الوجه فى ذلک: هو قيام السيره القطعيه على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعى موجب للضمان، و عليه فان کان المال المزبور موجودا بعينه فلا بد من رده على مالکه

على النحو الذى أخذه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۵۷

منه: أى بجميع خصوصياته النوعيه و الشخصيه و الماليه. و إذا تعذر ذلك- لتلف و نحوه- سقط عنه وجوب رد العين، و انتقل الضمان الى المثل: أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى ماليه الشى ء، و موجبه لزيادتها، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى ماليه الشى ء أصلا و رأسا، و انما هى دخيل فى التشخص فقط.

و على هذا الضوء فمقتضى القاعده هو الضمان بالمثل، إلا إذا ثبت كون التالف قيميا، أو كان التالف مثليا و لكن تعذر مثله فى الخارج، فإنه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمه، و كل ذلک من ناحيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع، و هكذا الحال إذا قلنا بأن مدرک الضمان- فى المقبوض بالعقد الفاسد- هو حديث ضمان اليد.

أما الوجه فى الحكم بضمان القيمه فقط- عند الشک فى كون التالف مثليا أو قيميا- فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فلا بد من الأخذ بالأقل، و يدفع وجوب أداء الأكثر بالأصل.

و بيان ذلک: أن المراد من القيمه هنا انما هو الماليه المشتركه بين جميع الأموال. سواء أ كانت تلک الأموال مثليه، أم كانت قيميه، و عليه فما نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لأن اشتغال الذمه بالجهه المشتركه معلوم، و اشتغالها بغير ذلک من الخصوصيات مشكوک فيه. و قد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلک هو البراءه، و على هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمه، إلا إذا رضى بأداء المثل. فإنه وقتئذ يكون مخيرا بين أداء القيمه و أداء المثل.

و يرد عليه: أن

الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمه التى نبحث عنها فى المقام هو مطلق الماليه الساريه فى الأموال كلها، فإنه على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٨

جاز للضامن أن يؤدى عن التالف أى شى ء أراده من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمه التالف.

و لكن هذا خلاف المتسالم عليه، بل خلاف ما هو المرتكز فى الأذهان لأن المتبادر من كلمه القيمه إنما هو الماليه الخالصه، كالنقود الرائجه بين الناس، و أمثالها مما يتمحض فى الماليه من دون أن تلاحظ فيها أيه خصوصيه من الخصوصيات التى تتفاوت بها الرغبات، و عليه فيكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل و رد القيمه من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، فلا بد فى ذلك من الاحتياط و ليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لكى يؤخذ بالأول، و يترك الثانى.

أما الوجه فى تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمه فهو أن الضامن يعلم إجمالا باشتغال ذمته بأحد أمرين: إما المثل، أو القيمه. و مقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراءه، لما عرفته- الآن- من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، و من الواضح أن القطع بفراغ الذمه- فى أمثال هذه الموارد- لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكى تحصل الموافقه القطعيه.

و لكن مقتضى الإجماع، بل الضروره، بل مقتضى قاعده نفى الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين، و اذن فيكون مخيرا بين أداء المثل و أداء القيمه.

أما الوجه فى تخيير المالك بين مطالبه المثل و مطالبه القيمه فهو ما ذكره بعض من أن ذمه الضامن و ان كانت مشغوله إما بالمثل أو بالقيمه، الا أن ما يختاره المالك اما هو

البدل الواقعى أو أنه بدل البدل، و على كلا التقديرين فيكون ذلك مسقطا لما فى ذمه الضامن: أما على الأول فواضح، أما على الثانى فلرضاء المالك بذلك على الفرض و اذن فما يختاره المالك مسقط لما فى ذمه الضامن قطعا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٩

دون غيره، لأنه مشكوك فيه، فالأصل عدم سقوطه الا بما يختاره المالك.

و يرد على كلا الوجهين: أن اشتغال الذمه بالمثل أو بالقيمه واقعا و قيام الإجماع و الضروره على عدم وجوب أدائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمه و لا تخيير المالك فى استيفاء أيهما شاء، بل يمكن تعيين ما فى الذمه بالصلح القهرى: بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما الى الحاكم الشرعى و يحكم الحاكم بذلك.

و يمكن أن يرجع فى تعيين أحد الأمرين إلى القرعه، بناء على جريانها فى كل أمر مشكل و لو كان فى الشبهات الحكميه.

و لكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها فى الشبهات الحكميه، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن- هنا- ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمه.

ثم انه يحسن بنا التنبيه على أمر لا غناء عنه فى مورد بحثنا، و هو أن القابض بالعقد الفاسد لا يلزم الا بأداء مثل المقبوض أو القيمه، و لا يكلف بأزيد من ذلك، لما ذكرناه آنفا من أن نفس العين باقيه فى عهده القابض ما لم يؤدها إلى مالكها، دون عوضها، و إذا تعذر رد العين بنفسها- لتلف و نحوه وجب عليه رد بدلها، و هو المثل فى المثلى، و القيمه فى القيمى، و لا يفرق فى ذلك بين كون المثل حين الأداء مساويا لقيمه العين حين

الأخذ و عدمه.

و يدل على ما ذكرناه: أن نقص القيمه السوقيه لا يضمن عند أداء نفس العين، فكيف يضمن عند أداء مثلها، و عليه فإذا أخذ شيئا بالبيع الفاسد، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شى ء زائدا على رد نفس المبيع. فإذا تعذر ردّه- لتلف و نحوه- انتقل الضمان إلى مثله من دون زياده.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٠

و يؤيد ذلك ما ورد [١] فى استقراض الدراهم- التى أسقطها السلطان و أجاز غيرها- من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطه عن الرواج، لا الدراهم الجائزه بين الناس. نعم يعارضه خبر آخر [٢] و لكنه ضعيف السند.

ثم لا يخفى عليك: أنه إذا سقطت العين عن الماليه بالمره- كالجمد فى الشتاء- لم يكف أداء المثل، بل يجب على الضامن أداء قيمته، لأنا و ان حكمنا بثبوت المثل فى الذمه بعد تلف العين، الا أنه ليس على وجه الإطلاق، بل بما أنه مال، و عليه فإذا سقط المثل عن الماليه انتقل الضمان إلى القيمه. و هذا المعنى هو الذى تقتضيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع و حديث ضمان اليد.

---

[١] عن يونس قال: كتبت إلى أبى الحسن الرضا (ع) انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان أسقط تلك الدراهم، و جاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم الاولى، و لها اليوم وضيعه، فأى شى ء لى عليه الاولى التى أسقطها السلطان، أو الدراهم التى أجازها السلطان؟ فكتب (ع): الدراهم الأولى. صحيحه.

و عن صفوان، قال: سأله معاويه بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل، و سقطت تلك الدراهم، أو تغيرت، و لا يباع بها شى ء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزه التى تجوز بين

الناس؟ قال: فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى، صحيحه، التهذيب ج ۲ ص ۱۵۰.

[۲] عن محمد بن عیسی، قال: قال لی یونس: کتبت إلی الرضا (ع):

ان لی علی رجل ثلاثه آلاف درهم، و کانت تلک الدراهم تنفق بین الناس تلک الأیام و لیس تنفق الیوم الی علیه تلک الدراهم بأعیانها أو ما ینفق الیوم بین الناس؟

فکتب (ع) إلی: لک ان تأخذ منه ما ینفق بین الناس، کما أعطیته ما ینفق بین الناس. ضعیفه بسهل بن زیاد، التهذیب ج ۲ ص ۱۵۰.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۱

قیل: إن ما ورد فی الدراهم الساقطه عن الرواج یدل بإطلاقه علی جواز ردها إلی مالکها الأول و إن سقطت عن المالیه. و إذا ثبت هذا المعنی فی الدراهم ثبت فی غیرها، لعدم القول بالفصل.

و الجواب عن ذلک: أن الدرهم لا یصاغ إلا من الفضه، و علیه فلا معنی لسقوطه عن المالیه بالمره، فلا إشعار فی ذلک بجواز رد الدراهم الساقطه عن المالیه إلی مالکها الأول، فضلا عن الدلاله علیه.

هل یجب شراء المثل مع قلته و زیاده قیمته؟

قوله: (الخامس: ذکر فی القواعد أنه لو لم یوجد المثل إلا بأکثر من ثمن المثل ففی وجوب الشراء تردد).

أقول: إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما فی حکمه عند القابض، و ترقت قیمه مثله- إما لعزته، و عدم وجوده إلا عند من یطلب بأکثر من قیمته، أو لکثره الراغبین فیه- فهل یجب علی القابض شراؤه ورده إلی المالک؟ أم لا یجب ذلک، بل لا بد و أن یصبر المالک إلی أن یکثر المثل، أو تنزل قیمته السوقیه؟ أم یفصل بین ما کانت زیاده القیمه من جهه الرواج فیحکم بوجوب الشراء، و بین ما کانت الزیاده لمطالبه من عنده بالزیاده، فیحکم

بعدم وجوب الشراء؟.

و هذا هو الحق، و الوجه فی ذلک ما ذکرناه سابقا من أن الثابت فی ذمه القابض ابتداء لیس إلا نفس العین بجمیع خصوصیاتها النوعیه و المالیه و الشخصیه و إذا تلفت العین وجب علیه أداء مثلها، و هو الکلی الجامع لجمیع الخصوصیات الدخیل فی المالیه، لا الخصوصیات الدخیل فی التشخص الخارجی و إذن فزیاده القیمه السوقیه لا تؤثر فی جواز تأخیر الأداء تمسکا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۲

بأدله نفی الضرر، ضروره أنه لم یتوجه علی الضامن ضرر آخر غیر الضرر المتوجه علیه من ناحیه حکم الشارع بضمان المثل، و من الظاهر أن الحکم بالضمان لوروده مورد الضرر لا یرتفع بدلیل نفی الضرر.

و یضاف إلی ذلک: أن أدله نفی الضرر مسوقه للامتنان، و لا ریب أن رفع الضمان خلاف الامتنان علی الأمه، بل الامتنان فی ثبوته.

نعم لو استلزم أداء المثل ضررا آخر ارتفع وجوبه بدلیل نفی الضرر و علیه فلا یجب شراء المثل ممن لا یبیعه إلا بأکثر من قیمته السوقیه ثم إن المصنف- بعد ما نفی الاشکال عن وجوب شراء المثل فی الصوره المتقدمه، و نقل علیه الإجماع عن المبسوط- قال: (و وجهه عموم النص و الفتوی بوجوب المثل فی المثلی. و یؤیده فحوی حکمهم بأن تنزل قیمه المثل حین الدفع عن یوم التلف لا- یوجب الانتقال إلی القیمه)، و غرضه من الفحوی هو أن عدم الانتقال إلی القیمه- عند نزول قیمه المثل حین الدفع- إنما هو لصدق المماثله، و من الواضح أنه إذا صدقت المماثله مع نقص القیمه- مع أن المثل عندئذ لا یساوی العین فی المالیه- صدقت مع زیاده القیمه السوقیه- أیضا- بالأولویه.

و لکن لا یتم شی ء مما

أفاده: أما الإجماع فلعدم العلم بكونه إجماعا تعبديا لكى يستكشف به قول المعصوم (ع).

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند، و إما من حيث الدلاله، أما الفتوى فلا اعتبار بها.

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس فى صدق المماثله و عدم صدقها لكى نتمسک فى ذلک بالفحوى، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمه العاليه و عدم لزوم شرائه بذلک، و قد عرفت لزومه من ناحيه السيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۳

أما إذا كانت زياده القيمه لقله الوجود، و عدم وجدانه إلا عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقيه. فقد ذكر المصنف- هنا-: أن

(الأقوى مع ذلک وجوب الشراء وفاقا للتحرير، كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر، و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصوره الأولى)

و يرد عليه: أن ما استند اليه- من الوجوه- فى الصوره الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته- لكى نعتمد عليه فى الصوره الثانيه، و إنما التزمنا بوجوب شراء المثل فى الصوره الأولى من جهه السيره، و من الواضح أنها لا تجرى فى الصوره الثانيه، بديهه أن زياده القيمه- هنا- لم تنشأ من ناحيه ثبوت المثل فى الذمه، بل إنما نشأت من ناحيه الأمور الخارجيه. و من الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزياده ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع- بأداء المثل- على الضرر، و إذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدله نفى الضرر.

و من هنا اتضح لک: أنه إذا بقى المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، و توقف رده إلى مالكه على تضرر الضامن لم يجب رده لأدله نفى الضرر.

قيل يجب شراء المثل فى الصوره الثانيه- أيضا- و إن

كان الشراء بقيمه عاليه، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و يرد عليه: أن هذا الوجه يختص بالغصب، فلا يجرى فى المقبوض بالعقد الفاسد.

أضف إلى ذلك: أنه لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، و عليه فإلحاق الصوره الثانيه بصوره الإعواز- التى سنتكلم فيها- وجيه جدا.

و على الجمله: إنه لا يجب شراء المثل مع عزه وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمه السوقيه، لقاعده نفى الضرر.

قيل: إن الضرر هنا ليس فى متعلق التكليف: أعنى به أداء المثل، و إنما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۴

هو فى مقدماته: أعنى بها شراء المثل بأزيد من القيمه السوقيه، و من الظاهر أن أدله نفى الضرر لا تشمل مقدمات التكليف، لأن وجوب المقدمه عقلى لا شرعى.

و الجواب عن ذلك: أن أدله نفى الضرر مسوقه لرفع التكاليف الضرريه سواء أ كان التكليف أصليا أم كان مقدميا، و من هنا لا نحكم بوجوب الصلاه قائما على من يقدر على القيام، و لكن كان النهوض ضرريا، و كذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسك الحج، و لكن كانت مقدماته ضرريه. و هكذا، و هكذا، و ليس ذلك كله إلا من ناحيه أدله نفى الضرر هذا بناء على وجوب المقدمه شرعا.

أما بناء على عدم وجوب المقدمه إلا عقلا- كما هو الحق- فالتحقيق أن يقال: إن أدله نفى الضرر- على ما ذكرناه فى محله- إنما هى تنفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، و إذن فكل حكم ضررى مرتفع فى عالم التشريع سواء أ كان الحكم بنفسه ضرريا، أم كان الضرر ناشئا من قبله، و عليه فوجوب المقدمه و إن كان عقليا، إلا أنه إذا كان ضرريا كان مشمولا لأدله نفى

الضرر بداهه أن الضرر- هنا- إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذى المقدمه.

ما هو حكم تعذر المثل؟

اشاره

قوله: (السادس لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع القيمه مع مطالبه المالك)،

أقول: إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع القيمه، و هذا لا شبهه فيه.

و إنما البحث فى أن القيمه التى يجب دفعها هل هى قيمه يوم التلف، أم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۵

قيمه يوم الدفع، أم قيمه يوم الأخذ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع، أم غير ذلك من الوجوه؟.

لا- يهمنا التعرض لهذه الوجوه نقضا و إبراما، كما تعرض لها المصنف و غيره، و أطالوا الكلام فيها و فى أدلتها، و فى المناقشه فيها.

و أيضا لا يهمنا التعرض لتأسيس الأصل فى المقام لكى يكون ذلك مرجعا فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكوره، أو غيرها، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى القيمه، فإنه عندئذ يصح النزاع فى تعيين زمان الانتقال.

أما إذا أنكرنا ذلك، و التزمنا ببقاء المثل فى عهده الضامن بعد تلف العين، و شيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمه- بعد تلف العين- قبل يوم الأداء.

قيل: ان الضمان لا- بد و أن ينتقل إلى القيمه عند إعواز المثل فى الخارج و الا- لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصيه.

و الجواب عن ذلك: أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهرى، لأنه لا معنى لبقائها فى الذمه بعد التلف، و هذا بخلاف المثل، فإنه أمر كلى قابل للبقاء فى الذمه إلى حين الأداء، و عليه فلا

يجب على الضامن إلا قيمه وقت الأداء، و هذا ظاهر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۶

هل يجوز للضامن إجبار المالک على أخذ القيمه؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمه مع تعذر المثل و إعوازه أم لا؟.

الظاهر أنه لا يجوز ذلك، لأن متعلق الضـمان ليس هو نفس القيمه، بل انما هو المثل، و من الواضح أنه ليس للمديون إجبار ذى الحق على قبول شى ء آخر بدلا عن حقه الخاص، بل هو مخير بين أخذ البدل و بين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه، سواء أ كان ذو الحق مأيوسا من وجـدان المثل أم لم يكن مأيوسا من ذلك، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شـى ء آخر بدل العين قبل تلفها، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

هل يجوز للمالک إجبار الضامن على إعطاء القيمه؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمه مع تعذر المثل، أم لا؟

لا شـبهه فى جواز ذلک لأن المالك مسـلط على حقه و هو مخير بين مطالبه بـدله مع الإعواز و بين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه.

قيل: ان إجبار الضامن على إعطاء القيمه ضرر عليه، فيرتفع بأدله نفى الضرر.

و الجواب عن ذلك: أن إعطاء القيمه لا ضرر فيه على الضامن بوجه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۷

و انما هو رضاء من المالك بإلغاء الخصوصـيات التى هى دخيل فى متعلق الضـمان و هو المثل، ففيه إرفاق للضامن، لا أنه ضـرر عليه لكى يرتفع بأدله نفى الضـرر و قـد ظهر لک مما بيناه: أنه لا فارق فى جواز الإجبار و عـدمه فى كلتا الصورتين-: أعنى بهما صوره إجبـار الضـامن، و صوره إجبـار المالـک- بين تعـذر المثل ابتـداء، و بين تعـذره بعـد مـده. كما أنه لا فارق فى ذلک بين التعذر الاستمرارى، و بين التعذر فى وقت دون وقت. و كل ذلك واضح لا ستار عليه

ما هو المناط فى صدق التعذر و الإعواز؟

المحكى عن العلامه فى التذكره أن المراد من إعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك فى البلد و ما حوله.

و عن المسالک: أنه زاد قوله: مما ینقل عاده منه الیه، کما ذکروا ذلک فی انقطاع المسلم فیه.

و عن جامع المقاصد: الرجوع فیه الی العرف.

و لکن الظاهر: أن المیزان فی تعـذر المثل و إعوازه هو التعـذر الشخصـی و عـدم إمکان الوصول الیه بشـخصه و علیه فإذا تمکن الضـامن من الوصول الی المثـل و لو کان ذلک فی البلاد النائیه لم یصـدق علیه الإعواز، بل وجب علیه تحصـیله، کما أنه إذا لم یتمکن الضامن من تحصیل المثل و لو کان

موجودا فى البلد، و أمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمه.

و الوجه فى ذلك: أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد فى دليل خاص لكى نجعله مرجعا فى البحث، بل لا بد من الرجوع فى ذلك الى الاعتبار العقلى، و من الواضح أن الاعتبار العقلى لا يساعد الا على ما ذكرناه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۸

نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائيه الى بلده محتاجا الى مئونه زائده بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل فى هذه الصوره لقاعده نفى الضرر و من هنا اتضح لك جليا: ما هو الفارق بين ما نحن فيه و بين السلم، فان الضمان فيه اختيارى ثابت بالعقد، و لا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت فى الذمه- فى بلد المعامله و ما حوله.

و يضاف الى ذلك: أن ظاهر جمله من الروايات [۱] هو أن العبره فى

---

[۱] عن ابن فضال، قال: كتبت إلى أبى الحسن (ع): الرجل يسلفنى فى الطعام، فيجى ء الوقت، و ليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم، ضعيف بسهل بن زياد.

و عن العيص بن القاسم عن أبى عبد اللّه (ع) قال: سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوابا و رقيقا، و متاعا ا يحل له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم. صحيح.

و عن ابان، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد اللّه (ع) فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل، فيحل الطعام، فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه قال: لا بأس بذلك، مرسل. الوافى ج ۱۰ باب السلف فى الطعام ص

و عن الحلبی، عن أبی عبد اللّه (ع): انه سئل عن الرجل یسلم فی الغنم ثنیان و جذعان و غیر ذلک إلی أجل مسمی؟ قال: لا بأس إن لم یقدر الذی علیه الغنم علی جمیع ما علیه ان یأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثیها، و یأخذ رأس مال ما بقی من الغنم دراهم، و یأخذون دون شروطهم، و لا یأخذون فوق شروطهم. قال: و الأکسیه أیضا مثل الحنطه و الشعیر و الزعفران و الغنم. حسن بإبراهیم بن هاشم الوافی ج ۱۰ باب السلف فی المتاع ص ۷۷ و إلی غیر ذلک من روایات السلم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۶۹

باب السلم بوجود المبیع فی بلد المعامله و ما حوله و علی هذا فلا یمکن قیاس ما نحن فیه بباب السلم.

ثم إن المدار- حین الأداء مع تعذر المثل- علی قیمه المثل فی بلد المطالبه و إن کانت أزید من قیمته فی بلد الضمان، و لا یفرق فی ذلک بین تعذره قبل وقت الأداء و عدمه، لأن هذا هو مقتضی بقاء المثل فی ذمه الضامن إلی حین الأداء، علی ما عرفته سابقا.

ثم إنه ذکر بعضهم- فی صوره تعذر المثل- أنه یقدّر وجوده لا علی نحو العزه فیقوّم.

و لکن الظاهر: أنه یقدّر وجوده حتی علی نحو العزه، لأن المفروض أن الثابت فی الذمه هو المثل، و القیمه هی قیمته بلا زیاده.

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد کان من جهه أخری، کما إذا طالب من عنده المثل بقیمه زائده علی القیمه السوقیه لم یجب الدفع لنفی الضرر.

ما هو حکم سقوط العین عن المالیه؟

ثم إنک قد عرفت آنفا- ثبوت المثل فی الذمه إلی وقت الأداء، و عدم انتقاله إلی القیمه إلا حینه. و

هـذا مما لا شـبهه فيه. كما لا شـبهه فى وجوب أداء القيمه عند سـقوط المثل عن الماليه بالمره، كالماء على الشاطئ إذا أتلفه فى المفازه، و الثلج فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف، لأن خروجه عن القيمه يعد من التالف عرفا.

و إنما البحث فى أن المراد من هـذه القيمه هل هو قيمه يوم الأخـذ، أم قيمه يوم التلف، أم قيمه يوم سـقوط المثل عن الماليه، أم أعلى القيم من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۰

زمان الأخذ إلى زمان التلف. أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن الماليه، أم غير ذلك من الوجوه؟.

الظاهر هو الوجه الثالث، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت فى ذمه الضامن- بعد تلف العين- إنما هو المثل، و أنه باق فيها إلى حين الأداء و عليه فيحكم- فيما نحن فيه- ببقاء المثل فى الذمه إلى زمان سقوطه عن الماليه، و حينئذ فينتقل الضمان إلى القيمه لكون المثل- عندئذ- كالتالف فى نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها، و هذا واضح لا خفاء فيه

ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟

قوله: (فرع لو دفع القيمه فى المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته)

أقول: إذا طلب المالـك حقه مع تعـذر المثل فى الخارج وجب على الضامن أداؤ قيمته- كما عرفته قريبا- فان لم يؤد حتى وجد المثل وجب عليه أداؤ المثل، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمه بالمطالبه.

كما لا إشكال فى أن المالك إذا رضى بإسقاط حقه بأخذ القيمه لم يجب أداؤ المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر.

و إنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمه من جهه الضروره و اللابديه

لأجل عـدم التمكن من المثل، و دفع الضامن القيمه، ثم وجد المثل، و لم يرض بها المالك فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانيا و إرجاع القيمه أم لا يجب ذلك؟.

قد ذكر المصنف: أنه إذا دفع الضامن القيمه بدلا عن المثل المتعذر ثم تمكن منه فان قلنا ببقاء المثل فى الذمه و عدم انتقاله إلى القيمه إلا حين الأداء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧١

فلا وجه لعوده ثانيا، لأنه دين فى الـذمه، فقد سـقط بأداء عوضه مع التراضـى فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانيا، لأن الساقط لا يعود.

و ان قلنا بأن تعـذر المثل أوجب تبـدل العين المضـمونه من المثلى إلى القيمى بمعنى: أنها كانت مثليه، و بعد تعذر المثل انقلبت قيميه ان قلنا بـذلك فعـدم عود المثل إلى الـذمه ثانيا أولى منه فى الفرض الأول، لأن المـدفوع وقتئـذ انما هو نفس الموجود فى الذمه، لا عوضه.

و ان قلنا بأن تعـذر المثل قد أوجب انقلاب المثل- الثابت فى الذمه- إلى القيمه، فكأنه تلف بتعذره، فلزمت قيمته، ان قلنا بذلك احتمل وجوب المثل عند وجوده. لأن القيمه- حينئذ- بدل الحيلوله عن المثل، و سيأتى أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلوله. انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أن الالـتزام بـأن دفع القيمه- فى هـذا الفرض- انما كان من باب دفع البـدل من جهه الحيلوله لا يجتمع مع الانقلاب، كما هو المفروض، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشـتغلت به الذمه، لا أنه بدله. و اذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفه قيميه، و بين أن ينقلب المثل- الثابت فى الذمه- قيميا.

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمه-

على القول بعدم الانقلاب، و بقاء المثل فى الذمه- انما كان من جهه دفع البدل، و عليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمه عند التمكن منه.

و عليه فلا وجه لما ذكره السيد و شيخنا المحقق من الإيراد على المصنف من أن بدل الحيلوله مختص بالأعيان، و محل البحث- هنا- فى الذمم، فلا صله بينهما بوجه.

و ذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلوله انما هو قاعده الجمع بين الحقين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٢

و من الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعده بالأعيان، بل تعم الذمم أيضا.

و على ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل، بل يستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده، دون ما إذا قلنا بالانقلاب.

و لكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقا و ذلك لما سنبينه فى محله من أنه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلوله من أصله و لم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى.

ثم انه إذا اختلف الضامن و المضمون له فى تعيين المثل- الذى تؤخذ قيمته- فالمدار على تعين الضامن، لأنه المكلف بأداء كلى المثل، فيتخير فى تعيين أفراده، الا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجا عن مصاديق ذلك الكلى فى نظر أهل العرف، فإنه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما اختاره الضامن، و هذا ظاهر.

هل يضمن القيمى التالف بالقيمه؟

اشاره

قوله: (السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه).

أقول: المشهور بين الأصحاب، أن المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف و كان قيميا حكم بضمان قيمته.

و لكن حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى، و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض.

إلا أن المحكى عن الإسكافى هو أنه (ان تلف المغصوب

دفع قيمته، أو مثله إن رضى به صاحبه). و من الظاهر أن هذه العباره غير ظاهره فى الخلاف المزبور.

و أيضا ان الموجود فى باب الغصب من الخلاف. و فى بابى الغصب

و المقبوض بالعقد الفاسد من الشرائع هو الحكم بضمان القيمه فى القيمى.

و لعل الحكم بضمان المثل فى القيمى مختص عند الشيخ و المحقق بالقرض فقط، و اللّه العالم.

و التحقيق: أن يحكم بضمان المثل فى القيمى- أيضا- كما حكمنا بذلك فى المثلى، و عليه فإذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد، و لم يمكن رده انتقل الضمان الى مثله: و هو الكلى المتحد مع العين التالفه من جميع الخصوصيات، الا الخصوصيات غير الدخيل فى الماليه، بل فى التشخص الخارجى فقط، و حينئذ فلا ينتقل الضمان إلى القيمه إلا مع تعذر المثل، و على هذا فلو وجد المثل للتالف، أو اشتغلت ذمه المالك- للضامن- بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل فى الصوره الأولى، و سقط ما فى ذمتى المالك و الضامن بالتهاتر فى الصوره الثانيه.

نعم لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلغى الصفات النوعيه أيضا، فإن اعتبار اشتغال الذمه بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر.

و من هنا ظهر فساد ما اختاره السيد فى حاشيته من المنع عن الانتقال إلى القيمه على وجه الإطلاق.

أضف الى ذلك: أن لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمه فى فرض تعذر المثل على الإطلاق، و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

و يؤيد ما ذكرناه- من الضمان بالمثل فى فرض إمكانه- ما ورد فى باب القرض من الروايات [۱] الداله على جواز أداء المثل عن القيمى هذا ما

---

[۱] عن

الصباح بن سيابه، قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): إن عبد اللّه بن أبى يعفور أمرنى أن أسألك قال: إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۴

تقتضيه القاعده.

و لكن الظاهر من الروايات الكثيره [۱] هو ضمان القيمه فى القيميات

- منه أو أكبر؟ فقال (ع): نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيكون فيه الكبير و الصغير، فلا بأس. مجهول بابن سيابه.

و عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): استقرض الرغيف من الجيران، و نأخذ كبيرا، و نعطى صغيرا و نأخذ صغيرا و نعطى كبيرا؟ قال: لا بأس. مجهول بالحكم بن مسكين. الوسائل ج ۳ باب ۲۱ من أبواب الدين ص ۶۲۴.

و عن فقه الرضا، عن الصادق (ع) و سئل عن الخبز بعضها أكبر من بعض؟ قال: لا بأس إذا اقترضته. ضعيف. المستدرك ج ۲ ص ۴۹۲.

[۱] عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه؟ قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدرون على بيعه و لا مؤاجرته، قال يقوم قيمه، فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، و إنما جعل ذلك عليه عقوبه لما أفسده. حسن بإبراهيم بن هاشم.

و عن سماعه، قال: سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم؟ نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه، و يضمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه ضعيف بعثمان بن عيسى.

و عن البصرى، قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا، فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى أعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى؟

قال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيمته، ثم أعتق. ضعيف بالمعلى بن محمد.

و عن محمد

بن قیس، عن ابی جعفر (ع) قال: من کان شریکا فی عبد أو امه قلیل أو کثیر فأعتق حصته و له سعه فلیشتره من صاحبه، فیعتقه کله و إن لم یکن له سعه من مال نظر قیمته یوم أعتق منه ما أعتق ثم یسعی العبد بحساب ما-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۵

و أیضا قد عرفت- سابقا- أن المرتکز فی أذهان العقلاء، و ما جرت علیه سیرتهم هو ضمان المثل فی المثلی، و ضمان القیمه فی القیمی. و علیه فلا یجوز للمضمون له أن یجبر الضامن علی إعطاء المثل فی القیمی، سواء أ کان ذلک

- بقی حتی یعتق. حسن بإبراهیم بن هاشم.

و عنه، عن أبی جعفر (ع) قال: قضی أمیر المؤمنین (ع) فی عبد کان بین رجلین فحرر أحدهما نصیبه و هو صغیر و أمسک الآخر نصفه حتی کبر الذی حرر نصفه قال: یقوم قیمه یوم حرر الأول و أمر المحرر ان یسعی فی نصفه الذی لم یحرر حتی یقضیه. حسن بإبراهیم بن هاشم. الوافی ج ۶ باب عتق المشترک ص ۸۵ و الکافی ج ۶ من ط ۲ ص ۱۸۲.

و عن السکونی عن أبی عبد اللّه (ع) سئل عن سفره وجدت فی الطریق مطروحه کثیر لحمها و خبزها و بیضها و جبنها و فیها سکین؟ فقال أمیر المؤمنین (ع) یقوم ما فیها و یؤکل لأنه یفسد و لیس له بقاء فان جاء طالبها غرم له الثمن الخبر.

ضعیف بالنوفلی. الوافی ج ۱۱ ص ۲۳.

و قد عرفت الروایات الوارده فی ضمان قیمه الجاریه المبتاعه التی وجدت مسروقه فإنها ظاهره فی تعین القیمه و قد أوردناها فی ص ۸۹. و ستأتی صحیحه أبی ولاد الظاهره فی

ذلک- أیضا- و إلی غیر ذلک من الروایات المتفرقه الظاهره فیما ذکرناه.

ثم إن المصنف قد جعل من أدله ضمان القیمه فی القیمی ما دل علی انه إذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سقط من دینه بحساب ذلک فلو لا ضمان التالف بالقیمه لم یکن وجه لسقوط الدین بمجرد ضمان التالف.

و نظره من ذلک الی ما ورد فی روایات الرهن من ان الراهن و المرتهن یتردان الفضل من الرهن و الدین مع تلف الرهن بالتفریط أو الإتلاف، و قد تقدمت جمله منها فی ص ۱۳۱.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۶

متیسرا اتفاقا، أم کان متعذرا، کما هو الغالب، نعم یجوز للضامن إجبار المالک بقبول القیمه. علی عکس ما تقدم فی المثلی الذی تعذر مثله فی الخارج.

فبالنظر الی هذه الروایات، و ما جرت علیه السیره العقلائیه یصح ما ذهب الیه المشهور من ضمان القیمی بالقیمه، و تکون النتیجه: أن ما تعذر مثله فی نوعه کان ضمانه بالقیمه- و ان وجد له مثل اتفاقا- و ما لم یتعذر مثله نوعا یضمن بالمثل و ان تعذر ذلک اتفاقا، و فی بعض الأحیان.

أما الروایات المتقدمه الداله علی الضمان بالمثل فی القیمی فهی مختصه بالقرض فلا ربط لها بما نحن فیه. علی أنها ضعیفه السند.

ثم ان المصنف (ره) قد حمل الروایات الداله علی ضمان القیمی بالقیمه علی صوره تعذر المثل، و لکنه خلاف الظاهر منها. و لا یمکن المصیر الیه إلا بالقرینه، و من الواضح أنها منتفیه فی المقام.

و علی الجمله: ان القاعده الأولیه و ان اقتضت الضمان بالمثل فی القیمی و لکن قد دلت الروایات المتقدمه علی ضمان خصوص القیمه فی القیمی، فلا بد من الأخذ بها فی المقام، و اذن

فيقع البحث فى تعيين هذه القيمه.

ما هو الملاک فی تعیین القیمه فی القیمی

قد اختلف الأصحاب فى تعيين قيمه المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا، على أقوال شتى:

۱- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم القبض لصحيحه أبى ولاد الآتيه بالتقريب الذى سيأتى قريبا.

۲- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم التلف، كما حكى ذلك عن الشيخين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۷

و أتباعهما، بل عن الدروس نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه: أن انتقال الضمان إلى البدل إنما هو فى يوم التلف، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين، فإذا تلفت ضمن قيمتها.

۳- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم الأداء، و هذا هو الوجه الذى اختاره السيد فى حاشيته، بدعوى (أن نفس العين باقيه فى الذمه و العهده، و يجب الخروج عن عهدتها، لكن لما لم يمكن رد نفسها وجب دفع عوضها و بدلها، فهى بنفسها باقيه فى العهده إلى حين الأداء، و إعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء، كما فيما إذا كان له عليه منّ من الحنطه، و لم يمكنه أداؤه، فإن الذمه مشغوله بالحنطه حتى حين التعذر، و دفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس، و لا ينتقل إلى البدل من حين التعذر. و البدل الواجب أداؤه هو المثل فى المثليات، و القيمه فى القيمات، بمعنى: أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه).

و قال فى موضع آخر: (التحقيق: أن الذمه مشغوله بنفس العين إلى حال الأداء، إذ هو المستفاد من أدله الضمان حسبما أشرنا إليه سابقا و التعذر لا ينافى ذلك، لعدم إناطه الأحكام الوضعيه بالقدره).

أو يقال: إن هذا الوجه مبنى على اشتغال الذمه بالمثل حتى فى القيمى، فالانتقال إلى القيمه إنما يكون وقت الأداء.

۴- أن العبره

فی ذلک بأعلی القیم من یوم القبض الی یوم التلف، و قد قیل إن هذا القول هو الأشهر.

۵- أن العبره فی ذلک بأعلی القیم من یوم التلف إلی زمان الأداء.

۶- أن العبره فی ذلک بأعلی القیم من یوم القبض إلی یوم الأداء.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۸

ثم الظاهر من هذه الوجوه فی نفسها هو الوجه الثانی، لما عرفته من أن زمان الانتقال إلی القیمه إنما هو زمان التلف، و إذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعی، أما بقیه الوجوه غیر الوجه الأول فسیأتی البحث فیها قریبا.

أما الوجه الأول فقد استدل علیه بصحیحه أبی ولاد الحناط [۱] فان

---

[۱] قال: اکتریت بغلا إلی قصر ابن هبیره ذاهبا و جائیا بکذا و کذا، و خرجت فی طلب غریم لی، فلما صرت قرب قنطره الکوفه خبرت أن صاحبی توجه إلی النیل، فتوجهت نحو النیل، فلما أتیت النیل خبرت ان صاحبی توجه إلی بغداد فأتبعته، و ظفرت به، و فرغت مما بینی و بینه، و رجعنا إلی الکوفه، و کان ذهابی و مجی ء خمسه عشر یوما، فأخبرت صاحب البغل بعذری و أردت أن أتحلل منه مما صنعت، و أرضیه، فبذلت له خمسه عشر درهما فأبی أن یقبل فتراضینا بأبی حنیفه، فأخبرته بالقصه، و أخبره الرجل، فقال لی: و ما صنعت بالبغل، فقلت قد دفعته الیه سلیما، قال: نعم بعد خمسه عشر یوما، فقال ما ترید من الرجل؟ قال: أرید کری بغلی فقد حبسه علیّ خمسه عشر یوما فقال ما اری لک حقا، لأنه اکتراه إلی قصر ابن هبیره فخالف، و رکبه إلی النیل و إلی بغداد، فضمن قیمه البغل، و سقط الکری، فلما رد البغل

سليما، و قبضته لم يلزم الكرى، قال: فخرجنا من عنده، و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتى به أبو حنيفه، فأعطيته شيئا، و تحللت منه، فحججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد اللّه (ع) بما افتى به أبو حنيفه، فقال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها، و تمنع الأرض بركتها، قال: فقلت لأبى عبد اللّه (ع) فما ترى أنت قال: ارى له عليك مثل كرى بغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل، و مثل كرى بغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفه توفيه إياه-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۷۹

تم فهو و إلا فمقتضى القاعده هو الالتزام بالوجه الثانى، و إذن فلا بد من التكلم فى دلاله الصحيحه على ذلك.

- قال: فقلت: جعلت فداك إنى قد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ فقال: لا، لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل و نفق ا ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر، أو دبر، أو غمز؟ (و فى التهذيب عقر.

و فى الوافى غمر) فقال: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه. قلت:

فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إما ان يحلف هو على القيمه فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمه ذلك أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك، قلت: إنى كنت أعطيته دراهم، و رضى بها و حللنى، فقال: إنما رضى بها، و حللك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور، و الظلم. و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك به فان جعلك فى حل بعد معرفته

فلا شی ء علیک بعد ذلک، قال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهی ذلک لقیت المکاری فأخبرته بما أفتانی به أبو عبد اللّه (ع)، و قلت له: قل ما شئت حتی أعطیکه فقال قد حببت إلیّ جعفر بن محمد (ع) و وقع فی قلبی له التفضیل، و أنت فی حل و إن أحببت أن أرد علیک الذی أخذت منک فعلت. صحیحه. الکافی ج ۵ من ط ۲ ص ۲۹۰. و الوافی ج ۱۰ ص ۱۲۶. و التهذیب ج ۲ ص ۱۷۶.

قال فی مرآت العقول ج ۳ ص ۴۳۳: (و قال فی المغرب: قصر ابن هبیره علی لیلتین من الکوفه، و بغداد منه علی لیلتین).

و الظاهر ان هذا التحدید من غیر طریق الماء، و إلا فإن قصر ابن هبیره من الکوفه علی نحو عشرین فرسخا فی الماء. کما یکشف عن ذلک صحیح آخر عن أبی ولاد الوارد فی حد المسیر الذی تقصر فیه الصلاه. قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع): إنی کنت خرجت من الکوفه فی سفینه إلی قصر ابن هبیره و هو من الکوفه علی نحو عشرین فرسخا فی الماء. الحدیث. التهذیب ج ۱ باب الصلاه فی-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۰

ثم لا یخفی علیک: أن الصحیحه و إن وردت فی المغصوب، و لکنه إذا تم الاستدلال بها علی ضمان المغصوب بقیمه یوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولویه القطعیه علی ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقیمه یوم القبض، ضروره أن. العین التالفه قد تکون قیمتها یوم الأداء أکثر من قیمتها یوم القبض، فإذا التزمنا بضمان المغصوب بقیمه یوم الغصب، و التزمنا بضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقیمه یوم الأداء لزم أن یکون الثانی أسوء حالا من الأول،

و هو واضح البطلان.

ثم أنه لا شبهه فی صحه روایه أبی ولاد سندا و علیه فیختص البحث- هنا- بدلالتها فنقول: إنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن ضمان البغل فی فرض تلفه، و قال: أ رأیت لو عطب البغل و نفق [۱] أ لیس یلزمنی؟ فأجاب عنه

- السفینه ص ۳۳۷.

و النیل بالکسر نهر بمصر، و قریه بکوفه، و بلد بین بغداد و واسط. و فی لسان العرب: النیل نهر مصر. و نهر بالکوفه، و حکی الأزهری قال: رأیت فی سواد الکوفه قریه یقال لها النیل یخرقها خلیج کبیر یتخلج من الفرات الکبیر.

قال: و قد نزلت بهذه القریه. انتهی.

الدبر بالتحریک کالجراحه تحدث من الرحل و غیره. و غمزت الدابه: مالت من رجلها، و الغمر: العطش، و العقر: الجرح.

[۱] عطب الرجل عطبا: هلک، یکون فی الناس و غیرهم. و عطب البعیره انکسر. و نفق الرجل و الدابه نفوقا: ماتا، و خرجت روحهما. (أقرب الموارد) ثم الظاهر: ان عطف لفظ (نفق) علی کلمه (عطب) عطف تفسیر و علیه فیکون المراد من کلمه (عطب) هو الموت و الهلاک، لا الکسر. لأن السائل سأل عنه بسؤال آخر بقوله: فإن أصاب البغل کسر إلخ، و إذن فالصحیح هو ان-

الامام (ع) بقوله: نعم قیمه بغل یوم خالفته.

و قد استدل بهذه الجمله- علی أن العبره فی تعیین القیمه بقیمه یوم الغصب- بوجهین:

الوجه الأول: أن الظرف و هو لفظ (یوم) قید لکلمه (قیمه)، و تقریب ذلک بأنحاء شتی:

۱- أن یکون الظرف متعلقا بکلمه (قیمه) بدعوی أنها و إن لم تکن معنی حدیثا و لکن فیها شائبه الحدثیه، لأنها لیست من الجوامد المحض حتی لا یصح تعلق الظرف

بها، و علیه فینون لفظ (بغل) علی الجر بإضافه القیمه الیه، و یؤید هذا التقریب أن لفظ (البغل) فی نسخه الوافی، و فی بعض نسخ التهـذیب محلی بلام التعریف، و حینئـذ فلا یصـلح للإضافه إلی ما بعده، و إذن فمفاد الصـحیحه هو أن الثابت علی الغاصب إنما هو قیمه یوم المخالفه، فتدل علی ضمان المغصوب بقیمه یوم الغصب.

۲- أن تضـاف جمله قیمه بغـل-: أی المضـاف و المضـاف إلیه- إلی قوله یوم خـالفته، و حینئـذ فیکون الغرض من تلک الجمله المبارکه هو أن القیمه المتخصصه بإضافتها إلی البغل الثابته یوم المخالفه لازمه علی الغاصب. و لا بعد فی هذه الإضافه، لوقوعها کثیرا فی لغه العرب و غیرها فیقال: ماء ورد خالـد و حب رمان زیـد و إن لم یکن ورد لخالـد، و لا رمان لزید إلی غیر ذلک من الاسـتعمالات المتعارفه. و لا محـذور من الالتزام بهـذا التقریب، إلا أنه لا یتفق و نسـخه الوافی و بعض نسـخ التهـذیب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعریف،

- یکون العطف بـالواو (کمـا فی الکـافی المطبوع مسـتقلا ج ۵ مـن ط ۲ ص ۲۹۱، و بهـامش مرآت العقـول ج ۳ ص ۴۳۳) لا العطف بأو، کما فی التهذیب ج ۲ ص ۱۷۷. و الوافی ج ۱۰ ص ۱۲۷. و الاستبصار ج ۳ من ط ۲ ص ۱۳۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۲

فان ذلک مانع عن إضافته إلی ما بعده.

۳- ما أفاده المصنف، و إلیک نصه:

(أن الیوم قیـد للقیمه إما بإضافه القیمه المضافه إلی البغل الیه ثانیا: یعنی قیمه یوم المخالفه للبغل، فیکون إسـقاط حرف التعریف من البغل للإضافه، لا لأن ذا القیمه بغل غیر معین حتی توهم الروایه مذهب

من جعل القیمی مضمونا بالمثل، و القیمه إنما هی قیمه المثل).

و ظاهر هـذه العباره أن لفظ القیمه قـد أضـیف مرتین: مره إلی کلمه (بغل) و مره أخری إلی کلمه (یوم)، و حینئـذ فیکون المراد من قوله:

(فیکون إسقاط حرف التعریف من البغل للإضافه)

: أن تعریف کلمه بغل إنما هو للإشاره إلی بغل معین خارجی الـذی وقعت علیه الإجاره، و من الواضـح أن هذا حاصل بالإضافه المسوقه لبیان العهد الخارجی، و إذن فیکون ذکر اللام فیها لغوا محضا، و خالیا عن الفائده.

و یرد علیه: أن المضاف إلی شی ء أولا لا یضاف إلی غیره ثانیا، لأن ذلک مخالف لطریقه أهل المحاوره و الاستعمال.

و یمکن أن یکون مراد المصنف من العباره المذکوره هو أن کلمه القیمه قد أضیفت إلی کلمه بغل أولا، ثم أضیف المجموع-: أی القیمه بمـا هی مضـافه إلی بغـل- إلی یوم المخالفه، و هـذا یسـتلزم سـقوط حرف التعریف من کلمه بغل، فیکون ذلک نظیر قولک ماء رمان زیـد، فان الغرض من هـذه العباره إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزید و إن لم یکن له رمان، و هکذا قولنا ماء ورد بکر و نظائره، و علیه فیرجع هذا الوجه إلی الوجه الثانی المزبور.

و لکنـک قـد عرفت آنفـا: أن الموجود فی بعض النسـخ هو اقتران لفـظ بغل بلام التعریف و من الظاهر أن هـذا ظاهر فی انقطاع الإضافه بین قوله (ع):

نعم قیمه البغل و بین قوله (ع) یوم خالفته.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۳

۴- ما ذکره المصـنف ثانیا، و حاصله: أن لفظ یوم قید للاختصاص المفهوم من إضافه لفظ القیمه إلی کلمه البغل فیکون الظرف منصوبا للاختصاص و علیه فالمعنی: أنه تلزم علی الغاصب القیمه المختصه

بالبغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أن العامل فى الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف.

و يضاف إلى ذلك: أن الاختصاص الحاصل من الإضافه معنى حرفى لا يمكن أن يكون محكوما به و لا محكوما عليه، و إذن فلا معنى لتقييده أصلا.

۵- أن تضاف كلمه القيمه إلى كلمه البغل و تضاف كلمه البغل الى كلمه اليوم و عليه فيكون معنى الروايه: أنه تلزم على الغاصب قيمه هى قيمه بغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أنا لا نعرف وجها صحيحا لإضافه لفظ بغل الى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجمله يوم المخالفه، كما لا يصح أن يقال:

دار يوم، و أرض أمس، و غرفه غد.

أضف الى ذلك: أن هذا الوجه لا يتم على نسخه الوافى و بعض نسخ التهذيب، من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف، ضروره أن الاسم المحلى باللام لا يضاف الى ما بعده، و هذا ظاهر.

و قد يناقش فى هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات و هو مذموم فى كلمات الفصحاء.

و يرد عليه: أن هذه المناقشه فاسده، لأن تتابع الإضافات واقع فى الكلمات الفصيحه، و من ذلك قوله تعالى مِثْلَ دَأْبِ قَوْمِ نُوحٍ وَ عٰادٍ «۱» الوجه الثانى- من وجهى الاستدلال بقوله (ع): نعم قيمه بغل يوم خالفته على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب- أن يكون الظرف متعلقا

---

(۱) سوره المؤمن الآيه: ۳۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۴

بقوله (ع): نعم، لأن لفظ نعم من جهه قيامه مقام الفعل: أعنى به يلزمك شبيه بالفعل.

و على هذا فلا دلاله فى الروايه على الضمان بقيمه يوم المخالفه دلاله مطابقيه، لأن معناها عندئذ: أنه تلزمك القيمه يوم المخالفه من غير تعرض لبيان أن هذه

القيمه هل هی قیمه یوم المخالفه، أم هی قیمه یوم الدفع، أم هی قیمه یوم التلف، أم غیر ذلک.

نعم لا بأس بدلالتها علی ذلک التزاما، فان ذکر القیمه فیها، ثم إضافتها إلی کلمه بغل، ثم ذکر یوم المخالفه بعد ذلک من القرائن الظاهره علی أن الامام (ع) إنما قدّر مالیه المغصوب، و بیّن أن ضمانها بقیمه یوم المخالفه إذ لا معنی لکون الضمان یوم الغصب فعلیا، و یکون المدار فیه علی قیمه یوم آخر.

و علی الجمله: ان تعلق الضمان- بالقیمه یوم الغصب- بمالیه المغصوب ظاهر فی أن الضمان بقیمه ذلک الیوم.

و یرد علی هذا الوجه: أنه لا معنی لجعل الظرف متعلقا بلفظ نعم من جهه قیامه مقام الفعل ضروره أن ذلک یقتضی الحکم بضمان القیمه من یوم الغصب، مع أنه واضح البطلان، لأن الضمان لا یتعلق بالقیمه قبل تلف العین إذ الانقلاب إلی القیمه انما یکون بعد تلفها.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۵

ما نوقش به علی الاستدلال بالصحیحه و جوابه

اشاره

قد نوقش فی الاستدلال بالصحیحه المزبوره علی المقصود بوجوه مستفاده من نفس الصحیحه:

۱- أنه لو کان المناط فی الضمان هو قیمه یوم المخالفه و الغصب

لما تعرض الامام (ع) لقیمه یوم الاکتراء بقوله: أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أن قیمه البغل حین أکری کذا و کذا)، فیعلم من هذه الجمله الشریفه أنه لا خصوصیه لقیمه یوم المخالفه لکی یکون المدار فی الضمان علیها.

و الجواب عن ذلک: أن هذه الجمله لا تنافی الجمله السابقه فی الدلاله علی المقصود بل تساعدها و توافقها، و ذلک لأن اکتراء المراکب و استئجارها قد یکون للمسیر الی مسافات بعیده، و أمکنه نائیه: نظیر مکه، و المدینه، و سائر الأعتاب المقدسه بالنسبه إلی أهل إیران. و أفغان، و هند، و أمثالها.

و قد یکون ذلک للذهاب إلی مسافه قریبه، کالمشی من النجف الأشرف إلی الکوفه.

و علی الأول فقد جرت العاده علی اکتراء الحموله قبل الخروج إلی المقصد بعده أیام، و علی الثانی فلا یکون الاستئجار الا یوم الخروج.

و حیث أن أبا ولاد- بمقتضی الظاهر- قد اکتری البغل الی قصر ابن هبیره یوم خروجه من الکوفه، لقله المسافه بینهما، فلم یفصل بین زمان مخالفته- حین ما وصل الی قرب قنطره الکوفه- و بین اکترائه البغل إلا ساعه أو ساعتان و اذن فیوم المخالفه یتحد مع

یوم الاکتراء، فالإمام (ع) قد عبّر عن یوم المخالفه بیوم الاکتراء، لأجل أن یوم الاکتراء انما هو یوم یعرفه الشهود

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۶

- غالبا- و من الظاهر أنه لا تتفاوت قیمه البغل فی ساعه أو ساعتین.

۲- أنه قال أبو ولاد: قلت: (فإن أصاب البغل کسر أو دبر أو غمز فقال (ع): علیک قیمه ما بین الصحه و العیب یوم ترده علیه)

حیث ان الظاهر من هذه الجمله المبارکه هو أن الضـمان بقیمه یوم الرد، لأن الظرف متعلق بلفظ (علیک) لتضـمنه معنی یلزمک، و علیه فتکون هذه الجمله منافیه لما ذکرناه من دلاله الجمله المتقدمه علی الضمان بقیمه یوم المخالفه.

و یرد علیه أن الالتزام

بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب فى زمان الرد مع أنه واضح البطلان، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب.

و يضاف الى ذلك: أن الظاهر من الصحيحه على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصحه و العيب يثبت على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هـذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب، أم هل يلاحظ من يوم التلف، أم يلاحظ من يوم الرد، و عليه فليكن تعيين أن العبره بقيمه يوم الغصب فى الفقره السابقه قرينه على المراد فى هذه الفقره.

قيـل: ان الظرف- فى الجمله المزبوره متعلق بلفظ قيمه، و عليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصـحه و العيب يوم الرد، و اذن فتدل الصحيحه على أن رد البغل فقط لا يكفى فى رفع الضمان، بل لا بد و أن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح و المعيب أيضا، و على هذا فتبعد هذه الجمله عن مورد البحث.

و قد ناقش فيه المصنف، و هذا نصه:

(فـالظرف متعلق بعليك، لا قيـد للقيمه، إذ لا عبره فى أرش العيب بيوم الرد إجماعا، لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين).

و لكن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، لأن قيام الإجماع على تبعيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۷

الأـرش لضـمان العين فى تعيين القيمه لا يـدفع هـذا الاحتمال، إذ لو كانت العبره بيوم الرد فى تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبره فى تعيين قيمه العين أيضا بيوم الرد، و لا إجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب.

و الصـحيح فى الجـواب أن يقـال: انه لاـ ملزم للالـتزام بكـون الظرف قيـدا للقيمه من دون قرينه تـدل عليه، بـل ان ظهـور الجمله السابقه- فى

أن العبره بيوم الغصب- يدفع هذا الاحتمال.

و مع الغض عن ذلك فالظاهر أن الظرف متعلق بلفظ العيب، لاقتران أحدهما بالآخر، و عليه فتدل الصحيحه على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما إذا استمر العيب الى زمان رد العين، و الا فلا ضمان فى ذلك، و اذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمه يوم الغصب، و لا لتعيين قيمه يوم التلف، و لا لتعيين قيمه يوم الرد، و لا شبهه فى أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربيه و كلمات أهل اللسان.

و ناقش فيه المصنف، و قال نصا

(لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، و العبره حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو ردّ إلى الصحه أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهه ضعيف أيضا).

و يرد عليه أولا: أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى الكل، بل المسأله خلافيه، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقا، و قيل بعدم سقوطه كذلك، و قيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزياده كالسمن و بين ما لم يكن كذلك، كوصف الصحه، فإذا زال السمن حكم بالضمان، بخلاف ما حدثت نقطه فى عين الدابه ثم ارتفعت، فان ذلك لا يوجب الضمان.

بل قال السيد فى حاشيته، و إليك لفظه: (أن الواجب رد العين كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۸۸

كانت، و هو متحقق مع العود إلى الصحه، و الظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف، بل لم أجد من صرح بما ذكره و إن لم أتتبع، نعم صرح فى المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان. بل مقتضى ما ذكره فى مسأله زياده القيمه

لزياده صفه و نقصانها بزوالها و عودها بعودها من عدم ضمانه لذلک الوصف ما ذكرنا، إذ لا فرق بين وصف الكمال و الصحه).

و قال فی غصب المبسوط: (و إن كانت الزياده من جنس الأول: مثل أن سمنت (أی الجاريه) فبلغت ألفا، ثم هزلت فعادت إلى مائه، ثم سمنت فعادت إلى الألف، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفا، ثم نسيت فعادت إلى مائه ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه: وجهان: أحدهما: لا يضمن شيئا. الثانی: عليه الضمان. و الأول أقوى، لأن الأصل براءه الذمه) بل فی الجواهر: (أن ملاحظتها (: أی الزياده التالفه) مع الموجوده حال التلف غير معقوله، ضروره كونه بمنزله ملاحظتها مرتين إذ ليست هی إلا صنعه واحده، و المتجدده ليست غيرها على وجه تضم معها. و على كل حال فلا ضمان، للأصل، و صدق الأداء لما أخذ. و قاعده نفی الضرر، و أن الظالم لا يظلم، و غير ذلک).

بل الظاهر من إطلاق المحقق فی غصب الشرائع هو عدم الفرق بين وصف الصحه، و بين وصف الكمال، و هذا نصه: (لو زادت القيمه لزياده صفه، ثم زالت الصفه، ثم عادت الصفه و القيمه لم يضمن قيمه الزياده التالفه لأنها انجبرت بالثانيه، و لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت).

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان- هنا- إلى مقتضى الفتوى.

ثانيا: أن مقتضى السيره، و دليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٩

على الغاصب ما لم يرده إلى المغصوب منه صحيحا فإذا رده اليه كذلک سقط عنه الضمان، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد و ارتفع، أم لا، و المفروض- هنا- أن المغصوب

صحیح حال الرد، و إذن فلا یلزم تدارک النقص الحاصل فی زمان العیب.

۳- أنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن المقوم الذی یعرف تفاوت ما بین الصحه و العیب،

و قال: (قلت فمن یعرف ذلک؟ قال (ع): أنت و هو اما أن یحلف هو علی القیمه فتلزمک، فان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمه لزمه ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أن قیمه البغل حین أکری کذا و کذا فیلزمک).

و قد ذکر المصنف: أن هذه الفقره من الصحیحه مؤیده لکون المدار- فی تعیین قیمه القیمی- علی قیمه یوم التلف.

و حاصل کلامه: أنه إذا اختلف الغاصب و المالک فی قیمه العین المغصوبه و کانت العبره- فی تعیین القیمه- بقیمه یوم المخالفه کان المالک مدعیا، لدعواه زیاده القیمه المخالفه للأصل و کان الغاصب منکرا، لإنکاره تلک الزیاده، و علیه فمقتضی القاعده أن یتوجه الحلف علی الغاصب، لا علی المالک، بل تجب علی المالک إقامه البینه علی دعواه و الحال أن الصحیحه قد دلت علی کون کل من الیمین و اقامه البینه وظیفه للمالک، مع أنه ان کان مدعیا فما هو الوجه فی توجه الحلف علیه و ان کان منکرا فما هو الوجه فی طلب البینه منه، بدیهه أنهما لا یجتمعان فی مورد واحد.

و علی الجمله: انا إذا حملنا الروایه علی أن الملاک فی تعیین القیمه انما هو یوم المخالفه کانت الصحیحه مخالفه للقواعد من ناحیتین:

الاولی: أن دعوی الزیاده من المالک مخالفه للأصل، فلا تتوجه إلیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۰

الیمین بوجه.

الثانیه: أن الیمین إذا توجهت الی المالک لم تسمع منه البینه، و اذن فکیف حکم الامام (ع) بقبول کلا الأمرین من المالک.

و علی هذا فلا بد من حمل الصحیحه علی أن الملاک- فی تعیین القیمه- انما هو یوم التلف، لا

يوم المخالفه فإنه عندئذ يصح توجه كلا الأمرين على المالک و بيان ذلک: أن الامام (ع) قد تعرض- فى الفقره المذكوره- لصورتين من صور التنازع بين المالک و الغاصب.

الصوره الاولى: أن يتفق المالک و الغاصب على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كذا و كذا، و لكن اختلفا فى تنزله عن تلک القيمه يوم التلف و عدم تنزله عن ذلک فإنه حينذاک وجب الأخذ بقول المالک، لأن الغاصب يدعى نقصان القيمه و المالک ينكره فيقدم قول المالک مع يمينه، لكونه موافقا للأصل.

مثلا: إذا اتفقا على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كانت عشرين دينارا و لكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف، و ادعى المالک بقاءها على حالها و لا شبهه فى أن قول المالک حينئذ موافق للأصل، فيقدم مع يمينه، بخلاف قول الغاصب، فإنه مخالف للأصل، فتلزمه إقامه البينه.

الصوره الثانيه: أن يتفق المالک و الغاصب على أن قيمه يوم التلف متحده- إجمالا- مع قيمه يوم المخالفه، و لكنهما اختلفا فى تعيين تلک القيمه بأن ادعى المالک كونها يوم المخالفه عشرين دينارا، و ادعى الغاصب كونها عشره دنانير، و من الواضح أن المالک- عندئذ- يدعى زياده القيمه فتجب عليه إقامه البينه على ذلک. أما الغاصب فهو منكر لتلک الزياده فتتوجه عليه اليمين.

و على الإجمال: انا إذا حملنا الصحيحه على كون المناط- فى تعيين القيمه- هو قيمه يوم التلف أمكن لنا تصوير التغاير بوجه قريب بين إلزام المالک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩١

بالحلف، و بين إلزامه بإقامه البينه و إذا حملنا الصحيحه على كون المناط- فى ذلک- هو قيمه يوم الغصب فتصوير التغاير بين الأمرين بعيد جدا، لأنه على هذا لا بد من حملها على صوره

اتفاق المالک و الغاصب علی قیمه الیوم السابق علی یوم المخالفه أو علی قیمه الیوم اللاحق بیوم المخالفه، ثم ادعی الغاصب نقصان القیمه السابقه.

و لکنه خلاف الظاهر من الصحیحه، فلا یمکن الالتزام به مع عدم القرینه علیه، هذا غایه ما یمکن أن یقال فی توجیه کلام المصنف.

و یرد علیه: أن حمل الصحیحه علی اراده یوم التلف ثم حمل توجه الحلف علی المالک علی صوره، و توجه البینه علیه علی صوره أخری خلاف الظاهر منها جدا ضروره أن الظاهر منها هو تخیر المالک بین الوظیفتین فی إثبات مقصوده:

إما إقامه البینه، أو الحلف، کما یقتضیه عطف احدی الوظیفتین علی الوظیفه الأخری بأو و إذن فلا وجه لجعل الجمله المتقدمه- التی هی- مورد بحثنا فعلا- مؤیده لإراده یوم التلف، دون یوم المخالفه و الغصب.

بل الظاهر- و اللّه العالم- هو الأخذ بظاهر الصحیحه من توجه کلا الأمرین-: أی الحلف و إقامه البینه- علی المالک فی خصوص الدابه المغصوبه أو فی مطلق القیمی المغصوب، و إذن فتکون الصحیحه مخصصه لقاعده البینه علی المدعی، و الیمین علی المنکر، فلا غرو فی ذلک، لأن تلک القاعده لیست من القواعد العقلیه حتی لا تقبل التخصیص أو التقیید، بل هی قاعده فقهیه قابله لذلک، کما أن سائر القواعد الفقهیه کذلک.

و علیه فالمستفاد من الصحیحه أنه إذا اختلف المالک و الغاصب فی زیاده القیمه و نقصانها جاز للمالک أن یحلف علی ما یدعیه من زیاده القیمه، أو یرده إلی الغاصب، أو یقیم بینه علی ذلک. فکأن هذا الحکم تفضل من الشارع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۲

المقدس للمالک علی رغم من الغاصب.

و قال المحقق الایروانی: (إن قضیه البینه علی المدعی، و الیمین علی من

أنكر قضيه وارده فى المخاصمات، و فى مورد الروايه لم تفرض مخاصمه بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمه البغل و هو تالف، فقال (ع): إما أنت أو هو، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمه، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له).

و يرد عليه: أن حمل الحلف- هنا- على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له، و يصدقه فى دعواه من دون محاكمه خلاف الظاهر من الصحيحه لأنها وارده فى مورد المخاصمه، فلا يجوز حملها على غير موردها و هذا ظاهر.

ما استدل به على الضمان بأعلى القيم

اشاره

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجوه:

۱- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلك.

و قال المصنف نصا:

(لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب).

و لكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك: بأن المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمنه الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمه، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفه أيضا ضروره أن المراد من يوم المخالفه- فى الصحيحه- انما هو طبيعى يوم المخالفه الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص.

و عليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و الا فإن رد أعلى القيم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۳

فقد رد قيمه يوم المخالفه بقول مطلق، لدخول القيمه السفلى فى القيمه العليا بديهه أنه لا يجب على الغاصب قيم متعدده حسب تعدد أيام المخالفه، كما أنه لو ردّ القيمه النازله لما ردّ قيمه يوم المخالفه بقول مطلق، بل أدى قيمه بعض أيام المخالفه.

و الجواب عن هذا التوجيه: ان الظاهر من قوله (ع) فى الصحيحه:

(نعم قيمه بغل يوم خالفته)، هو أول يوم حدثت فيه المخالفه، لا مطلق أيام المخالفه، إذ يوجد الطبيعى فى الخارج بأول وجود فرده، لأن موضوع الضمان فى الصحيحه انما هو صرف وجود المخالفه.

و نظير ذلك: ما إذا قال المولى لعبده: إذا خالفتنى فى الأمر الفلانى وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك، فان الظاهر من هذه العباره أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفته، لا جميع أيامها.

أضف الى ذلـك: أن ذيـل الصـحيحه شاهـد صـدق على عـدم إراده الطـبيعه السـاريه من يوم المخـالفه، بـل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلك الذيل هو قوله (ع): (أو يأتى صاحب البغل

بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا). إذ لو كان المراد من يوم المخالفه هو الطبيعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقره، و لا لتعيين قيمه المغصوب- فى ذلك اليوم- بالشهود. و قد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفه.

۲- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،

و عليه فلو أدى المغصوب بعينه مع بقائه، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقينا، و لو أدى قيمته المتوسطه أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته.

و يرد عليه: أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۴

فيؤخذ بالأقل، لأنه متيقن، و الزائد عليه تجرى عنه البراءه.

۳- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان اليد،

فنستصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك فى ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك.

و يرد عليه: أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمه يوم الرد، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب، لأن القاعده الأوليه تقتضى ذلك على ما عرفته قريبا.

و ان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمه ففيه أن اشتغال الذمه لم يثبت إلا بالقيمه النازله، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجرى عنه البراءه فما هو المتيقن قد ارتفع يقينا، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول.

و على الجمله: ان الاستصحاب- فى محل الكلام- إما أنه غير جار أصلا أو أنه يجرى و لكن لا يثبت الا الاشتغال بقيمه يوم الرد، دون أعلى القيم

۴- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها إلى نهايه بقائها فى نظام الوجود،

و من الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود و النزول دخيل فى اختلاف ماليتها من جهه الزياده و النقيصه. و عليه فان حكمنا باشتغال ذمه الغاصب بأعلى القيم فهو، و الا يتضرر المالك بفوت مقدار من ماليه ماله، و الضرر منفى بقاعده نفى الضرر.

و يرد عليه أولا: أن أدله نفى الضرر إنما تنفى الأحكام الضرريه فقط و لا تثبت حكما آخر لكى يدفع به الضرر.

ثانيا: أن زياده القيمه السوقيه غير مضمونه على الغاصب و الا يلزم الحكم بضمانها أيضا- فى صوره بقاء العين- مع نقصان قيمتها السوقيه يوم الأداء عن قيمتها السابقه، و لم يلتزم به أحد فيما نعلم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۵

و بتعبير آخر: أنـا قـد ذكرنـا فى محله أن الضـرر عباره عن النقص فى الأموال، أو الأعراض أو الأعضاء و الأطراف، أو الأنفس و من البين

الـذی لا ریب فیه أن نزول القیمه السوقیه بعیـد عن تلک الجهات کلها و من هنا یجوز لأی تاجر استیراد مال التجاره و ان أوجب ذلک نقصا فی قیمه أموال التجار الآخرین.

ثالثـا: أن أدله نفی الضـرر وارده فی مقـام الامتنـان علی الأـمه، و من الظـاهر أن الحکم بکون أعلی القیم مضـمونا علی الغاصـب مناف للامتنان علیه، فلا یکون مشمولا لأدله نفی الضرر.

۵– ما أفاده المصنف،

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المکاسب)؛ ج ۳، ص: ۱۹۵

و حاصل کلامه: أن الغاصب قد أزال ید المالک عن المغصوب بماله من المالیه فی کل زمان من أزمنه بقاء المغصوب تحت ید الغـاصب، و من تلـک الأزمنه ارتفاع قیمته السوقیه و علی هـذا فان رد الغاصب نفس العین المغصوبه علی مالکها فقـد خرج عن عهدتها بداهه أن المأخوذ بالغصب انما هو نفسها، لا مالیتها الخالصه، و إذا تلفت لم یمکن الخروج عن عهدتها إلا برد کل مالیه زالت عنهـا یـد المالـک، لأـن حیلوله الأجـانب بین الأـموال و ملاکها توجب الضـمان بمجموع المالیه الفائته، و من الظاهر أنه لا یحصل الفراغ عن ذلک الا برد أعلی القیم، کما أنه لو تلفت العین عند ارتفاع القیمه السوقیه لوجب تدارکها بأداء تلک القیمه.

و یرد علیه: أنه لا صله بین موارد بدل الحیلوله، و بین ما نحن فیه، ضروره أن القائلین ببدل الحیلوله إنما التزموا به من جهه الجمع بین الحقین، بمعنی: أن تکلیف الغـاصب برد العین حین التعـذر تکلیف بمـا لاـ یطاق، و هو غیر جائز عقلا و نقلا، و منع المالک عن حقه مع مطالبته إیاه ظلم و عدوان، و مخالفه لمقتضی دلیل السلطنه، و لا شبهه

فی حرمته عقلا و نقلا، و اذن فالجمع

بین الحقین یقتضی الالتزام بوجوب أداء بدل الحیلوله إلی المالک، و سیأتی التعرض لذلک تفصیلا.

و هذا بخلاف ما نحن فیه، فان کلامنا- هنا- فی أصل ضمان الغاصب القیمه العلیا، لا فی وجوب أداء ما هو ثابت فی ذمه الضامن مع مطالبه المالک إیاه.

أضف الی ذلک: أن بدل الحیلوله انما ثبت فی مورد لم تتلف العین تلفا حقیقیا، بل تعذر الوصول الیه من ناحیه الموانع الخارجیه و من الظاهر أن هذه الکبری لا تنطبق علی مورد بحثنا، لأن العین فی زمان وصولها إلی القیمه العلیا لم یتعذر ردها علی مالکها، لأن حیلوله الغاصب بین المالک و ماله غیر مستنده الی التعذر النازل منزله التلف، بل هی اختیاریه للغاصب. أما فی زمان تلفها حقیقه فقد انتقل ضمانها إلی القیمه، فما هو الموجب لضمانه أعلی القیم.

و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

۶- ما ذکره المحقق الایروانی،

و إلیک لفظه (فالأحسن فی الاستدلال علی ضمان أعلی القیم: أنه یصدق عند صعود القیمه أن الغاصب معتد یوم صعود القیمه بمالیه صاعده، و مقتضی فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ جواز أخذ تلک المالیه منه بعد التلف مجازاه لاعتدائه).

و یتوجه علیه: أنه لا دلاله فی الآیه الکریمه علی أصل الضمان- علی ما عرفته فی أوائل المسأله- فضلا عن دلالتها علی الضمان بأرفع القیم.

۷- أن العین مضمونه علی الغاصب فی جمیع أوقات الغصب التی منها زمان وصولها إلی القیمه العلیا.

و یرد علیه: أنه ان کان الغرض من هذا الوجه هو کون العین بنفسها مضمونه علی الغاصب ما دامت باقیه فهو صحیح، و لکن لا دلاله فی ذلک علی

الضمان بأعلی القیم، بداهه أن الضمان إنما ینتقل إلی القیمه- بعد تلف العین- إما فی زمان التلف، أو فی زمان الأداء علی الخلاف فی ذلک، و علیه فلا یمکن الالتزام بضمان القیمه قبل تلف العین، و قبل انتقال الضمان منها إلی القیمه و إن کان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقیمه العلیا ضمانا فعلیا منجزا- سواء أ کانت العین باقیه بعد انتهائها إلی تلک القیمه، أم کانت تالفه- فهو خلاف ما تسالموا علیه من أن ارتفاع القیمه السوقیه مع عدم تلف العین- غیر مضمونه علی الغاصب علی أن ذلک یستلزم الجمع بین العوض و المعوض أحیانا إذ المفروض أن العین باقیه فی ملک مالکها، و لو التزمنا- معه- بانتقال الضمان إلی بدلها للزم المحذور المذکور.

و إن كان الغرض من ذلك أن الضـمان بأرفع القيم فعلى، و لكن اسـتقراره فى ذمه الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادره واضحه، و لا يساعده النقل و لا الاعتبار، بل هو مخالف لأصاله البراءه من غير دليل شاغل.

ثم إنا لو سلمنا

دلاله هـذه الوجوه الاعتباريه المتقـدمه على الضـمان بأعلى القيم، و لكن لا يمكن الاسـتناد إليها فى ذلك، لأنه اجتهاد فى مقابل الصحيحه المتقدمه الداله على الضمان بقيمه يوم المخالفه.

و دعوى أن الصـحيحه مجمله، فلاـ يتضـح لنا المراد. منها دعوى غير مسـموعه لما عرفته قريبا من ظهورها فى الضـمان بقيمه يوم الغصب.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا دلاله فى الصـحيحه على القول بضمان قيمه يوم الدفع، و لا على القول بضمان قيمه يوم التلف، و لا على غير ذلك من الوجوه، بل هى ظاهره فى خصوص ما ذكرناه فقط. و عليه فلا يصـغى إلى الاسـتدلال على الأول بقاعـده ضمان اليد، فإنها محكومه بالصحيحه المتقدمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۸

نعم ربما يتوهم الاسـتدلال على الثانى بجمله من الأخبار [۱] الوارده فى باب الرهن الظاهره فى أن القيمى إذا تلف انتقل ضـمانه بمجرد التلف إلى القيمه، لأنهـا تـدل على لزوم رعـايه قيمه العين المرهونه حين تلفهـا، و ملاـحظه نسـبتها مع الـدين، فـان كانت مساويه له فلا شى ء على الراهن، و إن زادت عليه أخذ الزياده، و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

و لكن يتوجه عليه: أن مورد هذه الروايات إنما هو الإتلاف أو

---

[۱] عن ابن بكير قـال: سـألت أبـا عبـد اللّه (ع) عن الرهن؟ فقـال: إن كـان أكـثر من مـال المرتهن فهلـك ان يؤدى الفضـل إلى صاحب الرهن.

و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن سواء فليس عليه شى ء. موثقه بابن بكير.

و عن أبى حمزه، قال: سألت أبا جعفر (ع) عن قول على (ع) فى الرهن يترادان الفضل؟ فقال: كان على

(ع) يقول ذلك، قلت: كيف يترادان الفضل فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه، و إن كـان لاـ يسوى رد الراهن مـا نقص من حق المرتهن. قـال: و كـذلك كـان قول على (ع) فى الحيوان، و غير ذلـك، ضـعيف بسهل بن زياد. الكافى ج ۵ من ط ۲ ص ۲۳۴. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۱۶.

و عن عبـد اللّه بن الحكم، عن أبى عبـد اللّه (ع) قـال: و سـألته عن رجـل رهن عنـد رجل رهنا على ألف درهم، و الرهن يساوى ألفين فضـاع؟ قـال: يرجع عليه بفضـل ما رهنه، و إن كان انقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل و إن كان الرهن يساوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه. ضعيف بعبد اللّه بن الحكم و غيره الفقيه ج ۳ من ط النجف ص ۱۹۶. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۱۶. و لا يخفى عليك ان فى هذه الروايه تحريفا فى نسخه الوافى سندا و متنا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۱۹۹

التفريط، إذ لا ضـمان- فى تلف الرهن- على المرتهن من دون تعد و تفريط و الشاهد على ذلك جمله أخرى من روايات الرهن «۱» و عليه فزمان التلف و الضـمان واحـد فى صوره الإتلاف، فلا منافاه عندئذ بين روايات الرهن و بين الصـحيحه الداله على أن العبره بقيمه يوم المخالفه.

أمـا فى صوره التفريـط فيمكن أن يتغـاير يوم التلف مع يوم الضـمان، و لكن الـذى يسـهل الخطب أنه لا دلاله فى روايات الرهن على الضمان بقيمه يوم التلف، و لا بقيمه يوم المخالفه، و لا بقيمه أخرى غيرهما، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمه

فی فرض التعدی و التفریط، و قد عرفت دلاله الصحیحه علی الضمان بقیمه یوم المخالفه، و إذن فلا منافاه بینها و بین روایات الرهن فی فرض التفریط أیضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد فی العتق [۲] علی الضمان بقیمه یوم التلف، لأن ذلک ورد فی الإتلاف، و قد عرفت أن زمان التلف و الضمان واحد فی صوره الإتلاف.

---

[۲] کقوله (ع) فی روایه البصری: (نعم یؤخذ بما بقی منه بقیمته یوم أعتق). بناء علی نسخه الکافی من ذکر یوم بدل ثم.

و کقوله (ع) فی روایه محمد بن قیس: (و إن لم یکن له سعه من مال نظر قیمته یوم أعتق منه ما أعتق ثم یسعی العبد بحساب ما بقی حتی یعتق). و قد نقلنا هاتین الروایتین فی ص ۱۷۴.

---

(۱) قد نقلناها فی ص ۱۳۱.

ختام البحث فی القیمی

قد یتوهم: أن الالتزام بانتقال القیمی التالف إلی القیمه ینافی لما تسالم علیه الأصحاب من صحه المصالحه بین التالف و بین أی مقدار من الدراهم و الدنانیر و الوجه فی ذلک: أنه لو کان التلف موجبا لانتقال التالف إلی القیمه لما صحت المصالحه إلا علی المقدار الذی یساوی قیمه التالف، فإن المصالحه علی الزائد علیه یستلزم الربا.

و لکن هذا التوهم فاسد، بداهه أن القیمه الثابته فی ذمه الضامن لیست هی خصوص الدراهم، و لا أنها خصوص الدنانیر، بل إنما هی أمر کلی تتقوم به الأشیاء، و أنه أعم من الدراهم و الدنانیر، و إذن فمصالحه التالف علی الدراهم، أو علی الدنانیر لا تستلزم وقوع المصالحه بین المتجانسین الربویین لکی یلزم منها الربا.

قوله: (ثم إنه حکی عن المفید، و القاضی، و الحلبی الاعتبار بیوم

البيع فيما كان فساده من جهه التفويض إلى حكم المشترى).

أقول: لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعاظم، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إراده يوم القبض من يوم البيع، لغلبه اتحادهما زمانا، كما وقع التعبير- فى صحيحه أبى ولاد- عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء.

و كيف كان فلا- وجه لتقييد فساد المعامله بخصوص تفويض الثمن إلى المشترى، ضروره أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد، بل المغصوب أيضا، و عليه فأيه خصوصيه للتقييد المزبور.

قوله (فافهم)

أقول: لعله إشاره إلى أن إراده يوم القبض من يوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۱

البيع و إن كان بعيدا فى نفسه، و لكنه لا- بد من ذلك صونا لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغويه، و لعلهم تبعوا فى هذا التعبير للصحيحه المتقدمه، حيث عرفت- قريبا- أن الامام عليه السلام قد عبر- فيها- عن يوم المخالفه بيوم الا-كتراء و اللّه العالم بالضمائر.

ثم قال المصنف:

(إنه لا- عبره بزياده القيمه بعد التلف على جميع الأقوال، إلا- أنه تردد فيه فى الشرائع، و لعله- كما قيل- من جهه احتمال كون القيمى مضمونا بمثله، و دفع القيمه إنما هو لإسقاط المثل، و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى).

أقول: قد عرفت فيما سبق- أن مقتضى القاعده هو بقاء العين- بعد تلفها- فى الذمه على نحو الكلى الذى يعبر عنه بالمثل، و لا تنتقل إلى القيمه إلا يوم الرد، و اذن فلا مناص عن الالتزام بضمان القيمه الزائده للعين بعد تلفها.

و دعوى أن هذا مخالف للإجماع دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

و لكن الذى يسهل الخطب هو دلاله الصحيحه المتقدمه على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، و

عليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعده: أعنى به الضمان بقيمه يوم الرد.

قوله: (ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمه بحسب الأزمنه).

أقول: لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمه يوم التلف فى ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضا فى ذلك، ضروره أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنه، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأمكنه، فالماليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۲

إذا قدرت بقيمه يوم التلف قدرت بقيمه مكان التلف- أيضا- فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف، و من جملتها خصوصيه بلد التلف.

و لكنا لما بنينا على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، لدلاله الصحيحه المتقدمه على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمه مكان المخالفه أيضا، لأن الإمام عليه السلام- مع كونه فى مقام البيان- لم يفكك بينهما. على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفى.

و يدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام فى نفس الصحيحه: (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك). فان الظاهر من هذه الجمله المباركه هو اختيار الشهود من أهل الكوفه- التى هى مكان المخالفه- ضروره أن الإتيان بالشهود من أهل بغداد- التى كانت نهايه لسير أبى ولاد- بعيد جدا. و من الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفه لم يشهدوا إلا على ما هو قيمه البغل فى الكوفه، لا على قيمته فى مكان آخر، لأن شهادتهم على الثانى تحتاج إلى عنايه زائده و هى غير مذكوره فى الصحيحه.

قوله: (ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمه السوقيه الناشئه من تفاوت رغبه الناس).

أقول: الزيادات الحاصله فى العين تاره تكون منفصله، و اخرى تكون متصله:

أما الأولى فحكمها

حکم نفس العین، و علیه فان کانت باقیه فوجب ردها علی مالکها، و إن کانت تالفه فوجب رد بدلها علیه من المثل، أو القیمه.

أما الثانیه فلا شبهه فی کونها مضمونه علی الضامن- أیضا- سواء أ کانت هذه الزیادات من قبیل الکیف، کوصف الکتابه، و النجاره، و البنایه، و أمثالها أم کانت من قبیل الکم، کالسمن و نحوه، أم کانت من قبیل وصف الصحه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۳

و بتعبیر آخر کما أن العین مضمونه علی الغاصب، کذلک أوصافها الدخیل فی مالیه العین، فإنها- أیضا- مضمونه علی الغاصب، سواء فی ذلک أوصاف الصحه و أوصاف الکمال، و هذا ظاهر.

ثم إن الخلاف المتقدم فی الضمان بقیمه العین المغصوبه یجری فی الضمان بقیه الزیادات الفائته- أیضا- و قد عرفت- فیما تقدم قریبا- أن الاعتبار فی ضمان العین التالفه بقیمه یوم الغصب، و هکذا فی المقام طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و الوجه فی ذلک: أن العین إنما تکون مضمونه علی الغاصب مع أوصافها الدخیل فی مالیتها، لا مجرده عنها، و علیه فتحدید العین بقیمه وقت خاص تحدید لأوصافها- أیضا- بقیمه ذلک الوقت، و قد عرفت دلاله الصحیحه علی أن الاعتبار فی الضمان إنما هو بقیمه یوم الغصب، و مقتضی إطلاقها- و اللّه العالم- هو الالتزام بضمان العین مع أوصافها من یوم المخالفه و إن کانت الأوصاف حاصله بعد ذلک، و علیه فتقدر العین موصوفه بتلک الأوصاف حین المخالفه، فتقوم، و یضمن بتلک القیمه، و إذن فلا عبره بالقیمه حین حدوث الأوصاف.

ما استدل به علی ثبوت بدل الحیلوله

اشاره

قوله: (ثم إن فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر من ضمان المثل أو القیمه حکم تعذر الوصول الیه و إن لم یهلک، کما لو

سرق أو غرق، أو ضاع، أو أبق).

أقول: تحقيق البحث عن بدل الحيلوله و نواحيه يقع فى ضمن أسئله و أجوبتها:

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠۴

١- ما هو الدليل على الالتزام ببدل الحيلوله عند تعذر الوصول إلى العين؟

اشاره

قد استدل على ذلك بوجوه شتى:

الوجه الأول: قاعده نفى الضرر،

بدعوى أن تكليف المالك بالصبر إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه.

أو يقال: إن عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالك.

أو يقال: إن امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالك.

و يرد عليه: أن الاستدلال بقاعده نفى الضرر على إثبات بدل الحيلوله يتوقف على مقدمتين:

الأولى: أن قاعده نفى الضرر مسوقه لرفع الأحكام الضرريه، لا رفع الموضوعات الضرريه. و قد ذكرنا فى محله أن هذه المقدمه صحيحه لا شك فيها.

الثانيه: أن يلتزم بأن أدله نفى الضرر كما تشمل الأحكام الوجوديه كذلك تشمل الأحكام العدميه أيضا: أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحيه حكم الشارع بشى ء، أو عدم حكمه به فأدله نفى الضرر تقتضى ارتفاع الحكم فى الأول، و جعله فى الثانى.

و هذه المقدمه مخدوشه بما ذكرناه فى محله، و حاصله: أن أدله نفى الضرر ناظره إلى نفى الضرر فى عالم التشريع: أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام فى الشرع المقدس الإسلامى، و عليه فتلك الأدله غير ظاهره فى تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحيه تشريع الحكم الشرعى، و إلا فيلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال، أو من أموال سائر المسلمين، و حينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعده المزبوره لإثبات بدل الحيلوله.

و بعباره اخرى: أنه لا استحاله فى حكومه قاعده نفى الضرر ثبوتا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۵

و إمكانا على الأحكام الوجوديه و العدميه. و لكن لا دليل عليه فى مرحله الإثبات و الوقوع، بديهه أن أدله نفى الضرر قاصره عن إثبات هذا المعنى.

و يضاف إلى ذلك: أن النسبه بين موارد بدل الحيلوله، و موارد تضرر المالك هى العموم من

وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله، لاستغنائه عنه، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلوله و قد يتضرر المالك من حيلوله الغاصب بينه و بين ماله مده قليله كساعه أو ساعتين مع أنه لا يكون موردا لبدل الحيلوله، لأن الفقهاء رضوان اللّه عليهم قد اعتبروا فى ثبوت بدل الحيلوله تعذر وصول المالك إلى ماله مده طويله. و سيأتى ذلك قريبا. و اذن فلا يمكن الاستدلال على إثبات بدل الحيلوله بقاعده نفى الضرر.

و يؤيد ما ذكرناه: أنا لم نجد أحدا يستدل بقاعده نفى الضرر على ثبوت بدل الحيلوله فيما إذا حال أحد بين المالك و ماله بمنعه عن التصرف فيه. و دعوى ثبوت الفارق بين هذا و بين ما نحن فيه دعوى جزافيه.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك، و لكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيلوله، فيتساقطان و عليه فلا يكون مورد بدل الحيلوله مشمولا لقاعده نفى الضرر.

و دعوى أن الضامن قد أقدم- بنفسه- على الضرر فلا يعارض بضرر المالك دعوى فاسده، ضروره أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط، لا على ضمان سائر الجهات الخارجه عن العين.

الوجه الثانى: قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم «۱».

و تقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنه على العين و إن كانت ممنوعه بالتعذر، إلا أن السلطنه على ماليتها غير ممنوعه، و عليه

---

(۱) البحار ج ۱ ص ۱۵۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۶

فيجب على الضامن رد البدل على المالك حفظا لسلطنته على ماليه ماله.

و يرد عليه أولا: أن دليل السلطنه ضعيف من جهه الإرسال، و غير منجبر بشى ء ثانيا: أن مفاده إنما هو إثبات

السـلطنه للمالـک فیمـا یجوز له التصـرف فی مـاله- کالبیع و اللبس و السـکنی و أمثال ذلک- و من الواضـح أنه لیس لأحـد أن یزاحم المالک فی أشباه هذه التصرفات. و أما بقیه الجهات فهی بعیده عن دلیل السلطنه.

و ببیـان آخر: أن دلیـل السـلطنه إنمـا یـدل علی عـدم محجوریه المالک عن ماله فی التصـرفات السائغه، فلا دلاله فیه علی إثبات السلطنه له فی التصرفات غیر السائغه فی ماله.

و علی هـذا الضوء فیجوز للمالـک أن یطالب ماله من الغاصب بمقتضـی دلیل السـلطنه، و لکن لا یسـتفاد من ذلک جواز مطالبه بدل الحیلوله منه، إذ لا صـله بینهما بوجه. کما أنه لا یستفاد من الدلیل المزبور جواز إیذاء الغاصب بالضرب و الشتم و الحبس و نحوها.

أضف إلی ذلک: أن النسبه بین دلیل السـلطنه، و بین موارد بـدل الحیلوله هی العموم من وجه. و حینئـذ فلا یصح الاسـتدلال به علی ثبوت بـدل الحیلوله فی جمیع الموارد، بـل إنمـا یصـح ذلـک فی بعض الموارد و علی سبیـل الإیجـاب الجزئی. علی أنـا لو جوزنا ثبوت بـدل الحیلوله مع تعـذر وصول المال إلی مالکه للزم القول بثبوته مع تعذر وصول المالک إلی ماله من جهه الحبس و نحوه، ضـروره أنه لاـ یفرق فی ذلـک بین أن یکون التعـذر بحبس المالک و منعه عن الوصول إلی ماله، و بین إلقاء المال فی مکان لا یصل إلیه مالکه- عاده- إلا بعد مده طویله، مع انه لم یلتزموا الفقهاء بثبوت البدل فی الصوره الأولی، و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: قاعده الضمان بالإتلاف،

بدعوی ان الغاصب قد فوّت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۷

سلطنه المالک علی ماله فی موارد بدل الحیلوله، فحیث إنه غیر قادر علی اعاده تلک السلطنه بعینها،

فلا بدله من اعاده مثلها، و من الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلوله.

و يرد عليه أولاـ: أن التمسك بهـذا الوجه يقتضـى الحكم بلزوم بـدل الحيلوله فيما كان تعـذر الوصول إلى المال من جهه حبس المالك و منعه عن التصـرف فيه، كما أن التمسك به يقتضـى الالتزام ببدل الحيلوله فيما كانت مده الحيلوله قليله، مع أن القائلين ببدل الحيلوله لم يلتزموا به فى كلا الموردين.

ثانيـا: أنه إن كـان المراد من فـوت السـلطنه فوت منـافع العين فلاـ شـبهه فى كونهـا مضـمونه على الغـاصب، كمـا أن نفس العين مضمونه عليه، و لكن هذا بعيد عن بدل الحيلوله.

و إن كان المراد من ذلك فوت نفس السـلطنه على العين فلا دلاله فى القاعـده المزبوره على كون السـلطنه الفائته مضـمونه على الغاصب بداهه أن مفاد القاعده هو أن العين التالفه مضمونه على المتلف دون سائر الجهات.

أضف الى ذلك: أن هـذه القاعده ليست بمدلول آيه أو روايه لكى نتمسك بإطلاقها، بل هى متصـيده من أدله الضـمان الوارده فى موارد خاصه، و عليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنه: أعنى بها نفس العين التالفه.

الوجه الرابع. قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه،

فإن أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صوره التلف، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلوله.

و يرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء و قد عرفته فيما تقدم «۱».

---

(۱) ص ۸۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۸

ثانيا: أنه لو جاز التمسك به- هنا- لما يفرق فيه بينما كانت مـده التعـذر قليله، و بينما كانت مدته طويله مع أن الفقهاء لم يلتزموا ببدل الحيلوله فى الصوره الأولى ثالثا: أنا ذكرنا فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعده ضمان اليد انما

تـدل على ثبوت العين فى عهدت الغاصب بجميع خصوصـياتها الفرديه و الصـنفيه و النوعيه التى هى دخيل فى الماليه. و ذكرنا- أيضا- أن فقدان أيه خصوصيه من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها.

و عليـه فـإذا كـانت العيـن موجـوده لزم على الغـاصب ردهـا مـع تلـك الخصوصــيات بأجمعهـا، لاســتحاله أدائهـا بــدون تلك الخصوصيات.

و إذا تلفت حقيقه، كالاحتراق و نحوه، أو صارت فى حكم التلف فى نظر أهل العرف، كالسرقه و الإباق و الاغتراف و الضياع و أشباهها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها، إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل.

و إذا تعـذر المثـل- أيضـا- مع مطـالبه المالـك حقه وجب على الغاصب أداء القيمه: أعنى بها الماليه الخالصه، و وقتئـذ لا يجوز للمالك مطالبه المثل، و لا مطالبه العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها، و الا يلزم الجمع بين العوض و المعوض.

و هـذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعـذر التحاق العين بالتالف، فإنه حينئذ ليس للمالك مطالبه البدل، و لا للغاصب أداء غير العين المغصوبه إلا مع التراضى نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفائته، فيكون المأخوذ بإزاء تلك المنافع بمنزله الأجره للعين فى مده غيابها عن المالك، و لا شبهه فى أن هذا كله غير مربوط ببدل الحيلوله، و اذن فلا وجه لإثباته بحديث ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك: أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۰۹

بدل الحيلوله بالروايات [۱] الداله على ضمان التالف فى الأمانات المضمونه، كما صنعه المصنف. لأنها راجعه إلى صوره التلف، و محل بحثنا غير هذه الصوره

الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلوله مع تعذر وصول المالك الى ماله.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع فى المقام و لكن يحتمل قريبا أن يكون

مستنده هی الوجوه المتقدمه و اذن فلا علم لنا بوجود الإجماع التعبدی فی المقام.

---

[۱] عن إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن «ع» عن رجل استودع رجلا ألف درهم، فضاعت فقال الرجل كانت عندی ودیعه و قال الآخر: إنما كانت علیك قرضا؟ قال: المال لازم له إلا ان یقیم البینه انها كانت ودیعه.

و عن ابن محبوب قال: كتب رجل الی الفقیه «ع» رجل دفع الی رجل ودیعه و امره أن یضعها فی منزله أو لم یأمر، فوضعها فی منزل جاره فضاعت، فهل یجب علیه إذا خالف امره و أخرجها عن ملكه؟ فوقّع «ع» هو ضامن لها ان شاء اللّه.

و عن ابان عن محمد عن ابی جعفر «ع» قال: سألته عن العاریه یستعیرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ قال فقال: إذا كان أمینا فلا غرم علیه.

و عن ابن سنان قال: سألت أبا عبد اللّه «ع» عن العاریه؟ فقال: لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلكت إذا كان مأمونا. الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۸. و قد تقدم ما یدل علی ضمان الأجیر فی ص ۱۳۲.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۰

ما هو مورد بدل الحیلوله؟

۲- هل یقید ثبوت بدل الحیلوله بما إذا حصل الیأس من الوصول إلی العین الغائبه،

أم یقید بعدم رجاء وجدانها، أم لا یقید بشی ء منهما، بل یحكم بثبوت بدل الحیلوله بمجرد التعذر الفعلی، سواء أ علمنا بإمكان الوصول إلیها بعد مده طویله، أم علمنا بالوصول إلیها بعد مده قصیره یتضرر المالك بعدم الوصول إلی ماله فی هذه المده؟.

ذكر المصنف رحمه اللّه: أن ظاهر الأدله التی استدلوا بها علی ثبوت بدل الحیلوله هو اختصاص الحكم بإحدی الصورتین الأولیین.

و لكن المستفاد من فتاوی الأصحاب رضوان اللّه علیهم هو الصوره الثالثه. و یظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن اللوح المغصوب فی

السفينه إذا كان نزعه معرضا لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمه حتى تصل السفينه إلى الساحل. و يؤيد هذا المعنى: أن فيه جمعا بين الحقين، انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن ما استظهره من كلمات الفقهاء فى مسأله اللوح المغصوب فى السفينه و إن كان استظهارا وجهيا، و لكن لا دليل على حجيه فتواهم للفقهاء الآخرين.

أما التأييد المزبور فلا فائده فيه، إذ لم يتضح لنا من الأدله المتقدمه جواز مطالبه المالك الغاصب ببدل الحيلوله فى مده انقطاعه عن ماله و قد عرفته قريبا.

و لو أغمضنا عن ذلک، و لكن الصوره الأولى-: أعنى بها صوره يأس المالك من الوصول إلى ماله- لاحقه بالتلف الحقيقى، و قد تقدمت الإشاره الى ذلک قريبا، و إذن فلا وجه لجعل هذه الصوره من موارد بدل الحيلوله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۱

أما الصورتين الأخريين فيختلف الحكم فيهما باختلاف مدارک بدل الحيلوله، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلوله هو الإجماع فالمتيقن منه إنما هو الصوره الأولى التى قد عرفت خروجها عن مورد البحث. و إن كان الدليل عليه هو قاعده السلطنه، أو قاعدتى لا ضرر، و ضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلوله بمجرد التعذر، سواء أ كان زمان التعذر طويلا، أم كان قصيرا، و عليه فجميع الصور المتقدمه داخله فى محل البحث مع أنه بديهى البطلان، فان الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلوله إلا فيما تعذر الوصول الى العين فى مده طويله، لا مطلقا.

هل يعتبر التعذر العقلى فى ثبوت بدل الحيلوله؟

۳- هل يعتبر التعذر العقلى فى ثبوت بدل الحيلوله، أم لا؟.

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفه نهض الى البحث عن اعتبار التعذر العقلى و عدمه فى ثبوت بدل الحيلوله.

و حاصل كلامه

مع التوضيح الإجمالى: أن الظاهر من دليل السلطنه، و حديث ضمان اليد و قاعده نفى الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلى فى ثبوت الضمان ببدل الحيلوله: بحيث لا يتمكن الضامن عقلا من الوصول الى العين، بل يكفى فى ذلك مجرد التعذر العرفى- و ان تمكن الغاصب من الوصول الى العين بالسعى فى مقدمات الوصول- و عليه فيحكم بثبوت بدل الحيلوله فى زمان السعى أيضا.

و لعله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان اللّه عليهم بالانتقال إلى القيمه فى اللوح المغصوب فى السفينه مع إمكان الوصول اليه و لو بالسعى فى مقدمات إيصال السفينه إلى الساحل.

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول الى العين بكلمه (التعذر)

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٢

و لا شبهه فى ظهورها فى التعذر العقلى، و هذا هو الأوفق بأصاله عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين. ثم أمر بالتأمل.

و لعله إشاره الى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنه، و قاعدتى نفى الضرر، و ضمان اليد، و انه لا يفرق فى أدله بدل الحيلوله بين الزمان اليسير و الزمان القليل.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه اللّه فى حاشيته و إليك نصه:

(لا يخفى أن هذا ليس مطلبا آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذى أيده بأن فيه جمعا بين الحقين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار).

و وجه الفساد: أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلى فإذا اعتبر الثانى فى سقوط التكليف برد نفس العين، فمجرد اليأس- الذى هو الصوره الأولى من الصور الثلاث المتقدمه- لا يوجب سقوطه. كما أن

اعتبار التعذر العرفی فی سقوط التکلیف برد العین أعم من الصوره الأخیره- و هی الحکم بثبوت بدل الحیلوله بمجرد التعذر الفعلی- و اذن فلا تکرار فی عباره المصنف

ما هو حکم القیمه مع تعذر الوصول الی العین

۴- ما هو شأن القیمه مع تعذر الوصول الی العین، و هل للضامن إجبار المالک حینئذ علی أخذها؟.

لا شبهه فی أن العین إذا تلفت انتقل الضمان الی بدلها من المثل أو القیمه کما لا شبهه فی أن بقاء الضامن مشغول الذمه ضرر علیه، و اذن فیجوز له إجبار المالک علی قبول حقه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۳

و لکن شیئا من ذلک لا یجری فیما نحن فیه، لأنا لو سلمنا تمامیه الأدله المتقدمه الداله علی ثبوت بدل الحیلوله، الا أنه لا دلاله فیها علی جواز إجبار الضامن المالک علی قبول البدل. و لیس هنا دلیل آخر یدل علی ذلک غیر تلک الأدله.

و علیه فیتخیر المالک بین قبول البدل و بین الصبر الی زمان زوال العذر.

بل هذا المعنی هو الذی تقتضیه قاعده السلطنه، ضروره أن المالک یستحق علی الضامن العین بنفسها، و من الظاهر أن إجبار الضامن إیاه علی قبول بدلها خلاف سلطنته.

و هذا هو الذی أراده المصنف من تمسکه بقاعده السلطنه فی المقام.

و لیس مراده من التمسک بها هو سلطنه المالک علی امتناع قبول البدل مع کونه ملکا له لکی یتوجه علیه أنه لیس للمالک الامتناع من قبول ماله بدلیل السلطنه و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

قوله: (و کما أن تعذر رد العین فی حکم التلف، و کذا خروجه عن التقویم)

أقول: قد تقدم حکم الخروج عن التقویم فی الأبحاث السابقه «۱» و قلنا إن المدار فی ذلک علی انتهاء أمد المالیه، غایه الأمر انه یحکم فی القیمیات بضمان قیمه یوم الغصب، لصحیحه أبی ولاد المتقدمه.

هل

يصير البدل المبذول ملكا لمالك العين؟

۵- ما هو حكم البدل المبذول فهل يكون ذلک ملكا لمالک العين أم لا؟

ذكر المصنف ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف، كما فى المبسوط و الخلاف و الغنيه و التحرير و ظاهرهم اراده نفى الخلاف بين المسلمين.

---

(۱) ص ۱۶۸

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۴

ثم قال:

(و لعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق الا بذلك، و لو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه فى الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحه مطلقه و ان لم يدخل فى ملكه، نظير الإباحه المطلقه فى المعاطاه على القول بها فيها، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين. و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه اللّه فى أجوبه مسائله).

و لكن ناقش فى هذا الرأى المحقق و الشهيد الثانيان.

فقال الأول فى محكى جامع المقاصد: (ان هنا إشكالا، فإنه كيف يجب القيمه و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه، و جعلها فى مقابل الحيلوله لا يكاد يتضح معناه).

و قال الثانى: (ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا، و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و ان جاز له التصرف كان وجها فى المسأله).

و التحقيق: ان حكم هذه المسأله يختلف باختلاف مدرك بدل الحيلوله: فإن قلنا بأن مدركه قاعده نفى الضرر، فإنها تقتضى كون البدل مباحا للمالك، لا ملكا له، لأنا لو سلمنا شمول أدله نفى الضرر للأحكام العدميه، و لكنها لا تقتضى التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك، و من البديهى أن تضرره انما كان من ناحيه عدم تمكنه من التصرف فى ماله، و هذا يرتفع بإباحه التصرف

فی بدل الحیلوله مثلما یتصرف فی ملکه، فان دخول البدل فی ملک المالک لیس بدخیل فی ارتفاع ضرره.

و ان قلنا بأن مدرک بدل الحیلوله انما هو دلیل السلطنه، أو قلنا بأن الغاصب قد فوّت علی المالک سلطنته علی ماله فیجب علیه تدارک هذه السلطنه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۵

للمالک ان قلنا بذلک فلا یثبت للمالک أیضا إلا إباحه التصرف فی البدل علی النحو الذی یتصرف فی ملکه، لأنه لا دلاله فی دلیل السلطنه الا علی لزوم إعاده سلطنه المالک، الزائله و لا ریب فی حصول هذا المعنی بجواز تصرفه فی بدل الحیلوله و إن لم یصر البدل ملکا له.

و یتضح ذلک جلیا بأن الملکیه أو السلطنه من الأحکام الوضعیه. و من البین أن الأحکام الشرعیه لا تقابل بالمال.

نعم مقتضی ذلک هو الالتزام بالملکیه الآنیه قبل التصرف المتوقف علی الملک. و قد تقدم نظیر ذلک فی المعاطاه علی القول بإفادتها الإباحه المطلقه.

و قد یتوهم أن سلطنه المالک قد زالت مع المالیه القائمه بالعین. و من الواضح أنه لا یمکن إعاده السلطنه المزبوره إلا بإعاده نفس العین أو بإعاده ما یقوم مقامها فی المالیه، و علیه فلا بد من الالتزام بملکیه المالک تحقیقا للبدلیه.

و لکن هذا التوهم فاسد، إذ لا دلیل علی الملازمه بین إعاده السلطنه و بین إعاده العین أو إعاده مالیتها، بل تمکن اعاده السلطنه الزائله فی ضمن مال الغاصب ضروره أن السلطنه عباره عن القدره علی تصرف المالک تصرفا سائغا، و لا ریب فی تحقق ذلک فی شی ء آخر یقوم مقام ملک المالک.

و ان کان المدرک لبدل الحیلوله هو الإجماع فلا شبهه فی أن المتیقن منه انما هو قیام البدل مقام المبدل

فی خصوص التصرفات المالکیه، لا فی الملکیه.

و ان کان المدرک لذلک هو قاعده من أتلف فهی تقتضی صیروره البدل ملکا للمالک، بدیهه أن الضمان لا یرتفع الا بذلک.

و ان کان المدرک لذلک هو قاعده ضمان الید. فإنها تقتضی وجوب رد العین الی مالکها، و مع تلفها یلزم علی الآخذ رد بدلها من المثل أو القیمه، و من الواضح أن مقتضی البدلیه هو کون البدل ملکا لمالک المبدل.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۶

و بیان ذلک: أن المستفاد من قاعده ضمان الید انما هو ثبوت العین فی عهده الضامن بجمیع شؤونها. و أنه یجب ردها الی مالکها، و مع العجز عن ذلک من جهه التلف أو لتعذر الوصول إلیها وجب علی الضامن رد بدلها مع مطالبه المالک، و هذا البدل و ان لم یکن عین المبدل من جمیع الجهات، و لکنه مثله فی بعض الجهات، لما ذکرناه سابقا من أن المضمون علی الضامن ابتداء بقاعده ضمان الید انما هو العین الخارجیه بجمیع خصوصیاتها، و مع انتفاء بعض الخصوصیات یبقی بعضها الآخر مضمونا علیه، لأن اضمحلال أیه خصوصیه منها لا یوجب اضمحلال غیرها، و علیه فردّ المأخوذ بالغصب و ان لم یمکن بتمام خصوصیاته الا انه یمکن ذلک فاقدا لبعض الخصوصیات غیر الدخیل فی المالیه، و لا محذور فیه لکونه برضی المالک و إذن فلا یتحقق عنوان البدلیه بأداء بدل الحیلوله إلا بقیام البدل مکان المبدل فی الإضافه الملکیه.

و علی الجمله: ان مقتضی قاعده ضمان الید هو أن البدل-: أعنی به المثل أو القیمه- أمر کلی ینطبق علی المبدل و البدل کلیهما انطباق الکلی علی أفراده و الطبیعی علی مصادیقه، و علیه فلا مناص عن الالتزام بصیروره

بدل الحيلوله ملكا للمالک، و هذا واضح لا شبهه فيه.

هل يكون المبدل ملكا للضامن بإعطاء البدل؟

۶- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟.

اشاره

قد يقال بأن المضمون له يملک بدل الحيلوله، و الضامن يملک العين المتعذره، لاستحاله بدليه شی ء عن شی ء إلا بقيام البدل مكان المبدل فی جهه من الجهات، و تلک الجهه فی المقام هی الإضافه الملكيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۷

و قد يقال بأن المالک يملک البدل، أما الضامن فلا يملک المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البدليه ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل البدليه إلا بدخول العين المتعذره فی ملک الضامن، بل هو غرامه خالصه نظير ديه المقتول أو المجروح و كالمبذول عند تلف العين. و من البين أن عنوان الغرامه لا- يستلزم خروج البدل من ملک الضامن و لا دخول العين المتعذره فی ملكه لكی يكون ذلک معاوضه قهريه شرعيه.

و لكن التحقيق: أن كون العين المتعذره ملكا للضامن متفرع على كون البدل ملكا للمالک، فإنه بناء على صيروره البدل ملكا للمضمون له- كما تقتضيه قاعدتا من أتلف، و ضمان اليد- صار المبدل ملكا للضامن بالمعاوضه القهريه الشرعيه، إذ لو لا ذلک لزم اجتماع العوض و المعوض فی ملک مالک العين.

و من هنا ناقش المحقق و الشهيد الثانيان فی الالتزام بكون البدل غرامه خالصه من غير أن يكون المبدل ملكا للضامن، و لا أن يكون البدل ملكا للمالک. و قد تقدم كلامهما قريبا.

و يؤيد ذلک ما ورد [۱] فی الدابه الموطوئه من إلزام الواطی بأخذ الدابه و إعطاء ثمنها لمالكها.

---

[۱] عن سدير، عن أبی جعفر (ع) فی الرجل يأتی البهيمه؟ قال:

يحد دون الحد، و يغرم قيمه البهيمه لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، و تذبح و تحرق و تدفن إن كانت مما يؤكل

لحمه. و إن كانت مما يركب ظهره اغرم و جلد دون الحد و أخرجها من المدينه التى فعل بها فيها إلى بلاد اخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها. حسنه بسدير بن حكيم. الكافى ج ۷ من ط ۲ ص ۲۰۴. الوافى ج ۹ ص ۵۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۸

بحث فى فروع مهمه

اشاره

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمه، و هى ما يلى:

۱- أنه إذا توضأ أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد.

و التفت بعد الغسلات، و قبل المسحات بغصبيه الماء، فإنه بناء على دخول الماء فى ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقى من رطوبه يده و يصح وضوؤه، و بناء على عدم دخول الماء فى ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبه، و لا يصح وضوؤه. هذا على تقدير أن الرطوبه الباقيه باقيه على كونها ملكا بل مالا. أما إذا فرض أن الماء المستعمل فى الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبه الباقيه من غير فرق فى ذلك بين إمكان انتفاع المالك بتلك الرطوبه و عدم إمكانه.

۲- أنه إذا غصب أحد خمرا محترمه لغيره، أو غصب دابه، و ماتت الدابه و انقلبت الخمر خلا،

فإنه على القول بوقوع المعاوضه القهريه بين البدل و المبدل كان الخل و ميته الدابه للضامن بعد أداء البدل، و إلا فهما للمضمون له.

۳- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبه،

فإنه على القول بدخول الخيوط فى ملك الغاصب بعد أداء البدل جازت له الصلاه فى ذلك الثوب.

و كذلك التصرفات الأخر، و الا فلا.

و يمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكمى، إذ لا يمكن ردها- غالبا- إلا بعد سقوطها عن الماليه بالنزع.

و قد حكى الجزم بعدم وجوب النزع عن مجمع البرهان، بل قال يمكن أن لا يجوز.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۱۹

و لعله من جهه كون النزع إتلافا للمال على مالكه فهو لا يجوز. و يتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمى فيما إذا كان المخيط بالخيوط المغصوبه جرح النفس المحترمه، أو ثوب غيره بحيث كان النزع موجبا للتلف أو الضرر.

۴- أنه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه

فإنه بناء على دخول المبدل فى ملك الغاصب- بعد رد بدله- جاز له التصرف فى ذلك الطعام، و إلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن. و إلى غير ذلك من الفروع التى ترد عليك فى مواضيع شتى.

خلاصه البحث فى بدل الحيلوله

و صفوه الكلام من أول البحث عن بدل الحيلوله إلى هنا هى أن القاعده الأوليه تقتضى ثبوت العين المغصوبه أو ما فى حكمها فى عهده الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل فى الماليه. و إذا تلفت العين أو التحق بالتالف انتقل الضمان إلى المثل أو القيمه، فيكون ذلك بدلا حقيقيا عن العين التالفه، أو النازله منزله التالف.

و حينئذ فتخرج العين عن ملك مالكها، و تدخل فى ملك الغاصب.

و إذا لم تتلف العين لا حقيقه و لا حكما، و لكن تعذر الوصول إليها فإن القاعده تقتضى ثبوتها فى عهده الغاصب الى زمان التمكن من أدائها. و إذن فليس للمالك إلا مطالبه اجره العين فى مده الحيلوله من الغاصب، إلا إذا رضيا بالبدل فإنه على هذا تتحقق المعاوضه الشرعيه بين البدل و المبدل، فيكون المدفوع بدلا حقيقيا عن العين.

نعم إذا دل دليل على كونه غرامه لا بدلا عن العين أخذ به، نظير ديه المقتول.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۰

و لكنك قد عرفت المناقشه فى الأدله التى استدل بها على إثبات بدل الحيلوله بعنوان الغرامه.

و قد تجلى لك مما ذكرناه انحلال المناقشه المعروفه التى أوردوها على مسأله تعاقب الأيدى، و حاصل تلك المسأله: هو أن المغصوب منه يتخير فى أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم و لكن إذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضا الى الثانى و هكذا حتى تنتهى سلسله

الغصاب: و تثبت الغرامه على الغاصب الأخير الذى تلفت العين فى يده.

أما إذا رجع المالك فى ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين.

و حاصل تلك المناقشه هو سؤال الفارق بين الصورتين.

و ملخص الجواب عنها: أن الغاصب الأول إذا أعطى البدل عن العين المغصوبه التالفه ملكها على الغاصب الثانى فيجوز له الرجوع اليه. و إذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئا، بل يرجع الى لاحقه.

و دعوى أن التالف أمر معدوم، أو بمنزله المعدوم فلا يقبل الملكيه دعوى جزافيه، لأن الملكيه من الأمور الاعتباريه، فلا محذور فى تعلقها بالأمور العدميه مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالأمور الوجوديه كذلك، و قد ذكر الفقهاء أجوبه أخرى عن تلك المناقشه، و لكن لا يرجع شى ء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب، و تركن اليه النفس، و سيأتى التعرض لتلك المسأله و أجوبتها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۱

ما هو حكم تمكن الغاصب من العين بعد إعطاء بدلها؟

۷- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبه بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع إليها أم لا.

الظاهر أن جواز الرجوع- هنا- الى العين و عدمه متوقف على أن ملكيه البدل لمالك العين ملكيه لازمه أو ملكيه جائزه، و على الأول فلا يجوز له ذلك، و على الثانى فلا بأس به. و قد تقدم نظيره فى مبحث البيع المعاطاتى و ذكرنا- هناك- أن القاعده تقتضى أن لا يرجع كل من المتعاطيين الى صاحبه فى المأخوذ بالمعاطاه، لكونه أكلا للمال بالباطل. و من البين أن ما ذكرناه- هناك- جار فى المقام أيضا.

نعم إذا لم نقل بصيروره العين ملكا للضامن لا بالمعاوضه القهريه الشرعيه و لا بمعاوضه غير قهريه جاز للمغصوب منه

أن يرجع الى العين المغصوبه بعد خروجها عن التعذر. و لكن قد عرفت فساده قريبا. و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه (إذا ارتفع العذر و تمكن من رد العين الى مالكه وجب الرد فورا حتى على القول بالمعاوضه القهريه الشرعيه، لأن حكم الشارع بالمعاوضه مترتب على عنوان التعذر و يدور مداره.

ما هو حكم ارتفاع القيمه السوقيه

۸- ما هو حكم ارتفاع القيمه السوقيه بعد أداء البدل؟

اشاره

ذكر المصنف

(أن مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أو للزياده المتصله، بل المنفصله كالثمره، و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد ذلك).

و عن العلامه فى التذكره و عن بعض آخر هو كون المنافع مضمونه على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۲

الضامن، و قد قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

و التحقيق: أن المأخوذ بعنوان الغرامه إن كان بدلا عن العين المتعذره- كما يقتضيه دليل ضمان اليد- فلا شبهه فى انقطاع علاقه المالک عن العين، و صيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصله فضلا عن زياده القيمه السوقيه. و إن كان المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته- كما تقتضيه قاعده السلطنه- ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أ كانت تلك الشؤون فائته أم لا- و حينئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائته بعد دفع الغرامه و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

بحث فى أسباب الضمان

قوله: (سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى).

أقول: ملخص كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعه:

الأول: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقه فيجب عليه أن يخرج من عهدتها لأدله الضمان.

الثاني: أن يكون سببا لانقطاع سلطنه المالک عن ماله- كالاغتراق و الإباق و الضياع و أشباه ذلك- و قد عرفت أن هذا مورد

لبدل الحيلوله.

الثالث: أن يكون سببا لزوال الأوصاف التى هى دخيل فى ماليه العين مع انحفاظ العين بنفسها فى ملك مالكها و تسلطه عليها تسلط الملاك على أملاكهم و عليه فالضمان- هنا- بالماليه الخالصه فقط دون العين المغصوبه.

الرابع: أن يكون سببا

لسقوط العين عن المـاليه و الملكيه معـا، بحيث لم يبق فيهـا للمالك إلا حق الاختصاص و الظاهر هو وجوب رد العين مع القيمه فى جميع الصور الثلاث الأخيره. و أن صيروره البدل ملكا للمغصوب منه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۳

لاـ تقتضـى خروج العين المغصوبه عن ملكه أو متعلق حقه و دخولهـا فى ملـك الضـامن أو متعلق حقه فى جميع موارد الضـمان انتهى ملخص كلامه.

أقول: أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر، فإنه إذا تلفت العين و انعدمت من أصلها لم يبق- هنا- مورد للملكيه، بل يكون اعتبارها لغوا محضـا. سواء أ قلنـا بعـدم انعـدام الأشـياء عن حقيقتهـا، بل إنما تتبـدل صورها النوعيه بصور نوعيه أخرى كما عليه جمع من الفلاسفه أم قلنا بانعدامها رأسا، بداهه أن الأحكام الشرعيه غير مبتنيه على التدقيقات الفلسفيه.

نعم يصح اعتبار الملكيه على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريبا.

أما القسم الثانى فقد عرفت فيما تقدم أنه لا حق بالتلف الحقيقى، فلا وجه لجعله موردا لبدل الحيلوله، كما صنعه المصنف.

أمـا القسم الثـالث فظـاهر المصـنف رحمه اللّه: أن ماليه العين المغصوبه تزول بزوال أوصافها الـدخيل فى الماليه، و لكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالكها. و حينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد و إليك نصه:

(لاـ يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صـفه الملكيه فإن الرطوبه الباقيه نظير القصـعه المكسوره. فإنه لا يقال: إن أجزائها باقيه على ملك مالكها مع عدم فائده فيها إلا نادرا).

و التحقيق: أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونه إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن، أو جميعه.

و على الأول فيلزم على الضامن أداء قيمه المنافع الفائته، لقاعده ضمان

الید.

نعم قد دلت الروایه المعتبره- تقدمت هذه الروایه قریبا- علی ضمان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۴

الواطی للدابه بقیمتها، مع أنها لا تسقط بذلک عن المالیه. و لکن لا یجوز التعدی عن موردها الی غیره.

و علی الثانی فقد یزول الانتفاع من العین علی وجه الإطلاق، بحیث لا یمکن الانتفاع منها بوجه. و قد یزول الانتفاع منها مستقلا: أی لا- یمکن الانتفاع من العین بنفسها بلا انضمامها إلی شی ء آخر، أما إذا ضممناها إلی غیرها أمکن الانتفاع منها کحبه من الحنطه المغصوبه، فإنه لا یمکن الانتفاع منها بنفسها، و لکن یمکن الانتفاع منها مع ضمها الی غیرها.

و من ذلک أیضا الورق الذی کتبت فیه قصیده راقیه، فإنه إذا غصبه الغاصب و مزّقه لم یمکن الانتفاع من قطعاته الممزّقه، إلا أن فیها أهم الانتفاع إذا انضم بعضها الی بعض.

و علی الأول فاعتبار الملکیه فی العین لغو محض کما هو واضح.

و علی الثانی فلا یکون الاعتبار المذکور لغوا، و هذا هو مراد المصنف و اللّه العالم. و حینئذ فالعین المغصوبه ملک للضامن، لا للمالک لما عرفته قریبا من تحقق المعاوضه القهریه الشرعیه بینها و بین البدل الذی أعطاه الضامن للمالک.

بحث فی حق الاختصاص و وجه ثبوته

اشاره

أما القسم الرابع-: أعنی به سقوط العین عن المالیه و الملکیه معا- فلا شبهه فی أن المتلف یضمن بدل العین من المثل أو القیمه. و هذا ظاهر.

ثم انه إذا سقطت العین عن المالیه و الملکیه معا فلا- شبهه فی بقاء حق الاختصاص فی تلک العین للضامن کما هو المختار عندنا، أو للمالک کما هو المختار عند المصنف. و انما البحث فی منشأ هذا الحق، مع ان العلاقه الثابته بین المال و مالکه- و هی الإضافه الملکیه- قد

زالت على الفرض، و لم تحدث هنا علاقه أخرى لكى نسميها بحق الاختصاص. و مع الشك فى حدوثها فأصاله

العدم محكمه.

و تحقيق البحث هنا يقع فى نواحى شتى:

الناحيه الأولى: فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص.

اشاره

و قد استدل عليه بوجوه عديده:

الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنه خاصه فى الأموال فى عرض الملكيه و قبالها،

فإذا زالت الملكيه عن مستقرها بقى الحق على حاله، ضروره أن كلا منهما ناشئ من سبب خاص، لا صله لأحدهما بالآخر.

و يتوجه عليه: أن هذه الدعوى و إن كانت ممكنه فى مقام الثبوت و لكن لا دليل عليها فى مقام الإثبات.

الوجه الثانى: أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيه،

فإذا ارتفعت الملكيه بحدها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه التى نسميها بحق الاختصاص، بديهه أن المرتبه القويه و إن كانت تستلزم المرتبه الضعيفه فى الثبوت، و لكنها لا تستلزمها فى الزوال، و يتضح ذلك بملاحظه الألوان و الكيفيات، حيث تزول عنها المرتبه الشديده، و تبقى المرتبه الضعيفه على حالها.

و يرد عليه: أن الملكيه سواء أ كانت حقيقيه أم كانت اعتباريه ليست بقابله للشده و الضعف، و إنما هى أمر بسيط، فإذا زالت زالت برأسها، و عليه فلا يبقى- هنا- شى ء لكى يسمى بحق الاختصاص.

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد و غيره من أن الحق مرتبه ضعيفه من الملك. فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك و الحق كليهما من مقوله السلطنه، و لكن الملك سلطنه قويه، و الحق سلطنه ضعيفه، بمعنى: أن صاحب الحق مالك لشى ء يرجع أمره إليه كمالكيه الملاك لأملاكهم. و بديهى أن هذا

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقه الملك بالشده و الضعف، و الكمال و النقص نظير اختلاف الألوان و الكيفيات بذلك، و إذن فشأن المقام شأن تسميه الرجحان الضعيف- فى مبحث الأوامر- استحبابا و الرجحان الشديد وجوبا، و هكذا تسميه المرجوحيه الضعيفه- فى باب النواهى- كراهه، و المرجوحيه الشديده حرمه، و هذا شى ء آخر غير كون الاستحباب مرتبه ضعيفه من الوجوب، و كون الكراهه مرتبه ضعيفه من الحرمه و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه حرمه التصرف فى مال غيره إلا بطيب نفسه و رضاه.

و قد دلت على ذلك السيره القطعيه و جمله من الأخبار «۱» فإذا ارتفعت الملكيه و الماليه، و لكنا شككنا فى ارتفاع الحكم المذكور، فان الاستحباب يقتضى الحكم ببقائه.

و لكن يتوجه عليه: أن موضوع الحكم بحرمه التصرف فى مال غيره- فى

السيره و الروايات- إنما هو عنوان مال الغير و عنوان مال المسلم. و من الواضح أن الشى ء إذا سقط عن الماليه سقطت عنه حرمه التصرف أيضا.

لاستحاله بقاء الحكم بعد زوال موضوعه، بل يرتفع الحكم المزبور و إن كان ذلك الشى ء باقيا على ملكيته، إذ لم يدلنا دليل على حرمه التصرف فى ملك غيره كدلالته على حرمه التصرف فى ماله، و عليه فيسقط الحكم المذكور عن الشى ء مع بقائه على صفه الملكيه، و كيف إذا زالت عنه الملكيه أيضا.

نعم إذا كان الموضوع فى الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعنى به الماده و الهيولى جرى الاستصحاب هنا، ضروره بقاء الهيولى بعد تبدل الصوره النوعيه الأولى بصوره نوعيه اخرى.

و لكن يتوجه عليه: أن مثل هذه الموضوعات ليست بأمور عرفيه

---

(۱) قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ۱۳۸.

لكى يجرى فيها الاستصحاب، بل هى أمور فلسفيه، و من الظاهر أن الأحكام الشرعيه لا تبتنى على التدقيقات الفلسفيه.

و من هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف، فإنه بعد ما ناقش فى الاستصحاب قال:

(إلا أن يقال: إن الموضوع فى الاستصحاب أمر عرفى).

أضف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه الإلهيه لمعارضتها دائما بأصاله عدم الجعل، و قد حققناه فى علم الأصول.

الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص فى الأعيان بعد زوال ملكيتها.

و لكن هذه الدعوى جزافيه، لأن إثبات الإجماع التّعبدى هنا مشكل جدا، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى الوجوه المزبوره، و اذن فلا يكون الإجماع- هنا- إجماعا تعبديا مستندا إلى رأى المعصوم عليه السلام

الوجه الخامس: دلاله المرسله المعروفه بين الفقهاء (من حاز ملك) و قوله (ص) (من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به)

على ثبوت حق الاختصاص فى الأشياء التى سقطت عنها الماليه.

و الجواب عن هذا الوجه: أن حديث الحيازه و ان اشتهر بين الفقهاء و لكنا لم نجدها فى أصول الحديث للخاصه و العامه و الظاهر أنه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه كإحياء الموات و التحجير و غيرهما.

و لو سلمنا كون ذلك روايه و لكن لا دلاله فيه الا على ثبوت مالكيه المحيز للمحاز فلا صله له بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد إليه فى إثبات الحكم الشرعى أما حديث السبق فيتوجه على الاستدلال به أولا أنه ضعيف السند

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٨

و غير منجبر بشى ء.

ثانيا: انه مختص بالمباحات الأصليه، و بالأموال التى أعرض عنها ملاكها- على القول بجواز اعراض المالك عن ماله- و بسائر الموارد المشتركه بين المسلمين، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها- كالأوقاف العامه من المساجد و المشاهد و المدارس و الرباط و غيرها- فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم، و أشغلها بالجهه التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته فى ذلك.

و إذا عممناه إلى موارد الحيازه فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز فى المحاز، و لا يدل على بقاء العلقه بين المالك و ملكه بعد زوال الملكيه.

فتحصل أن الحديث المذكور أجنبى عما نحن فيه بالكليه لأن شيئا من موارده لم يحرز فى المقام و على هذا فلو

حاز أحد ميته حيوان لأحد و شک فی کونها ملکا له أم لا فإن الأصل عدم صیرورته ملکا له.

إلاـ أن یقال: إن موضوع دلیل السبق إنما هو الشی ء الذی لا یکون موردا لحق أحد أو ملکه فإنه حینئذ یمکن إحراز ذلک بالأصل. و لکن دون إثباته خرط القتاد.

و التحقیق: أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسیره الشرعیه و العقلائیه فإنها قائمه علی ثبوت ذلک للمالک فی أملاکهم التی سقطت عن المالیه و الملکیه بالجهات العارضه، کالماء علی الشط و الحیوان المملوک إذا مات، و الأراضی المملوکه إذا جعلها الجائر بین الناس شرعا سواء، کان یأخذها من ملاکهم غصبا و یجعلها طرائق و شوارع، کما هو مرسوم البلدان فی العصر الحاضر. و قد قامت السیره الشرعیه و العقلائیه علی المنع عن مزاحمه الأجانب عن تصرف الملاک فی أشباه الأمور المزبوره ما لم یعرض عنها ملاکها.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۲۹

و من هنا لو مات حیوان أحد ثم احتیی بدعاء نبی أو وصیه، فإنه لا یتوهم أحد کونه من المباحات الأصلیه، و ان المالک و غیره متساویان فیه، بل یحکم العقلاء و المتشرعه بأن ذلک الحیوان ملک لمالکه الأصلی. و کذلک الخل إذا صار خمرا ثم عاد خلا و هذا واضح لا یحتاج إلی مزید بیان و إقامه برهان.

ما هو حکم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعیه ثم رجع إلیها؟

الناحیه الثانیه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غیره. ثم أخرجه عن صورته النوعیه الأولی إلی الصوره النوعیه الأخری. ثم أرجعه إلی سیرته الأولی،

فهل یضمن بدله من المثل أو القیمه، أم یجب علیه وقتئذ رد العین المغصوبه بنفسها؟.

و مثال ذلک هو أن یغصب خل غیره فصیره خمرا، ثم انقلبت الخمر خلا.

قد یقال بضمان البدل بداهه أن المغصوب غیر موجود بعینه، لانعدامه بزوال صورته النوعیه، و الموجود ثانیا غیره، لتخلل العدم

بينهما، و من البين أن المعدوم لا يعاد.

و قد يقال بضمان العين نفسها، لأن الموجود ثانيا عين الأول فى نظر أهل العرف.

و التحقيق: أن- هنا- مسألتين: إحداهما قبل أداء البدل. و الثانيه بعد أدائه.

أما المسأله الأولى فالظاهر انه يجب على الغاصب أداء العين نفسها، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت فى الذمه ابتداء إنما هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكها، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمه و من الظاهر أنه إذا عادت العين ثانيا فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته فى بدلها لكونها جامعه لجميع الخصوصيات التى كانت موجوده فى العين المغصوبه بداءه و لا يفرق فى ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٠

أما المسأله الثانيه فالظاهر أنها من صغريات ما أسلفناه قريبا من أن العين إذا تلفت و أعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الإطلاق و ان رجعت ثانيا الى نظام الوجود.

و الوجه فى ذلك: هو أن أدله الضمان من السيره و غيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل. و ليس- هنا- دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانيا.

ما هو حكم حق الاختصاص بعد أداء البدل؟

الناحيه الثالثه: أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص فى العين التى سقطت عن الماليه، و خرجت عن الملكيه،

و لا ريب فى أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب. و انما البحث فى أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط؟.

ظاهر المصنف هو الثانى و أيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمرا ثم انقلبت الخمر خلا- لوجب رده الى مالكه بلا خلاف فى ذلك.

و وجه التأييد، أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكه ليس إلا من جهه

بقاء حقه فيه الذى يسمى بحق الاختصاص.

و قد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأييد بأن وجوب رد الخل الى مالكه لا يكشف عن بقاء حق الأولويه فيه، بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكه، فيكون من باب رد الملك، لا من باب رد ما يكون المالك أولى به.

و السر فى ذلك أن الملكيه يتسبب من الأسباب العديده- كالإرث و البيع و الهبه و الصلح و الحيازه- و من المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير، و إذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها و عليه فما يقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۳۱

حدوث الملكيه- فى المثال المزبور- من العقد و غيره باق على حاله، و لكنه سقط عن التأثير بقاء لاقترانه بالمانع و هو انقلاب الخل خمرا، فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت- هنا- حق الأولويه عند سقوط المقتضى عن التأثير. انتهى ملخص كلامه.

و الجواب عن ذلك: أن الملكيه من الأحكام الشرعيه و هى غير مسببه عن الموجودات الخارجيه، و إنما هى فعل اختيارى للمولى و تابع لكيفيه جعله من حيث السعه و الضيق، و عليه فاسراء أحكام المقتضيات الخارجيه و الموانع التكوينيه إلى الأحكام الشرعيه بلا موجب، بل المتبع فى هذه الموارد دلاله الدليل، و من الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبه و الإرث و نحوهما، و لكنه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكيه و حينئذ فلو عاد الى حالته الاولى كان الحكم بملكيته للمالك الأول محتاجا الى دليل و هو منفى فى المقام.

هل يعود البدل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل؟

۹- هل الغرامه المدفوعه تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟.

اشاره

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد

العين المغصوبه إلى مالكهـا وجب عليه ذلک وجوبا تکليفيا فقط. و لا تکون عليه عهـده جديـده بالنسـبه إلى العين وراء العهـده السـابقه التى أفرغهـا بأداء البـدل و إذا أعطاها لمالکها الأول عادت الغرامه إلى ملک الضامن ثانيا، لأنها کانت بـدلا عن السـلطنه الفـائته، و المفروض عودهـا إلى مالکهـا برد العين، و لو تسامـح الضـامن فى دفع العين بعـد تمکنه منهـا لجـاز للمالک مطالبتها، لعموم قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم و لا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته بالغرامه من المالک لأن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۳۲

البـدل انما کان بـدلا عن السـلطنه الفائته لا عن القدره على دفع العين فمتى ما لم ترجع السـلطنه لا يکون للضامن حق فى مطالبه الغرامه. و إذا تلفت العين قبل دفعها الى مالکها استقر ملک مالکها على الغرامه.

أقول: قـد عرفت فيما سـبق آنفا: أن الالتزام بصـيروره الغرامه بـدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبه المالک العين من الغـاصب بعـد التمکن منها، فان ذلک التزام بالمتناقضـين، فإذا کان دليل بـدل الحيلوله ما يقتضـى تحقق المعاوضه بينه و بين العين- کدليل ضـمان اليد و نحوه- فلا شبهه عندئذ فى انقطاع حق المالک عن العين انقطاعا دائميا، و لا يجوز له أن يطالبها من الضامن فى أى وقت من الأوقات.

نعم إذا کان المـدرک لـذلک ما يقتضـى وقوع البدل بإزاء السـلطنه دون العين وجب على الغاصب رد العين على مالکها بمجرد تمکنه منها، و جاز للمالک أن يطالبه بنفس العين، لعـدم تحقق المعاوضه بينها و بين البدل لکى يمنع ذلک عن وجوب رد العين على مالکها.

و لکنه مع ذلک لا يجوز للمالک أن يتصرف فى البدل فى

فرض جواز مطالبته بنفس العين، لأنا لو سلمنا كون البدل بدلا عن السلطنه الفائته، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبه العين، لا ـ مطلقا، فإذا ارتفع التعذر زالت البدليه. و من ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البدل لم يكن للمالك مطالبه البدل بلا إشكال.

و على ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البدل الى ملك الغاصب، و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٣

ختام البحث فى بدل الحيلوله

قوله: (و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه).

أقول: غرضه من هذه العباره أن بدل الحيلوله إنما هو بدل عن السلطنه على الانتفاع من العين التى فاتت بتعذر العين، لا أنه بدل عن مطلق السلطنه حتى السلطنه على المطالبه لكى يسقط ذلك- أيضا- بعد تمكن الضامن من رد العين. و لذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامه و بدل الحيلوله.

و على هذا فلا تنافى هذه العباره مع ما ذكره رحمه اللّه سابقا من أن البدل بدل عن السلطنه، فإن مراده فى كلا الموضعين هو ما ذكرناه.

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلوله فإنه لا ـ يثبت إلا ـ فى الموارد التى يتعذر الوصول الى العين، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها، و قد تقدم ذلك قريبا. و هذا لا يجرى فى صوره امتزاج العين بعين أخرى، ضروره إمكان الانتفاع بها، غايه الأمر كون العين الممتزجه مشتركه بين المالكين و عليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرش للمالك، لأن الشركه عيب فى العين المغصوبه.

ثم إن المناط فى ثبوت بدل الحيلوله- على القول به- إنما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالكها سواء أ كان المالك

بنفسه متمكنا من ذلك أم لا، ضروره أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ، لقاعده ضمان اليد، و إذا تلف وجب عليه بـدله الحقيقى من المثـل أو القيمه، و مع ضـياعه أو اغترافه فى البحر وجب عليه بـدل الحيلوله. و اذن فتمكن المالك من الوصول الى ماله لا يرفع الضمان عن الغاصب و هذا واضح لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٤

[الكلام فى شروط المتعاقدين]

[البحث حول الصبى و أحكامه]

نقل الأقوال حول تصرفات الصبى

قوله: (المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبى).

أقول: المشهور بين أصحابنا رضوان اللّه عليهم هو بطلان عقد الصبى:

فعن الشيخ فى المبسوط و الخلاف: أنه لا يصح بيع الصبى، و لا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن.

و عن الغنيه دعوى الإجماع على ذلك.

و عن العلامه فى التذكره: أن الصبى محجور عليه بالنص و الإجماع، سواء أ كان مميزا أم لا، و هو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهديه و اذنه فى الدخول على خلاف فى ذلك.

و عن الشهيد: أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبى.

نعم عن الشيخ و بعض آخر: أنه يجوز بيع الصبى إذا بلغ عشر سنين.

أما جواز تصرفه عند العامه ففيه تفصيل المذاهب [١].

---

[١] الحنفيه قالوا: إن الصبى إذا كان غير مميز لا ينعقد شى ء من تصرفه.

اما إذا كان مميزا فتصرفه على ثلاثه أقسام، لأنه إما ان يكون ضارا بماله ضررا بينا- كالطلاق و العتاق و القرض و الصدقه- و إما ان يكون نافعا بينا- كقبول الهديه و الدخول فى الإسـلام- و إما ان يتردد بين النفع و الضرر- كالبيع و الشراء- اما الأول فلا شبهه فى عدم نفوذه و

إن اجازه الولی و اما الثانی فلا شبهه فی نفوذه و إن لم یجزه الولی.

اما الثالث فینعقد موقوفا علی إجازه الولی، و لیس للولی أن یجیزه إذا کان فیه غبن- فقه المذاهب ج ۲ ص ۳۶۳.

و عن المالکیه انه إذا تصرف الصبی الممیز ببیع و شراء و نحوهما من کل عقد فیه معاوضه فإن تصرفه فیه یقع موقوفا. ثم إن کانت المصلحه فی إجازته تعین علی-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۳۵

بحث فی إسلام الصبی

هل یقبل إسلام الصبی، و أنه یخرج بذلک عن تبعه العمودین الکافرین أم لا؟.

قد ذهب الی هذا الرأی جمع من الأصحاب. و خالف فیه صاحب الجواهر، حیث أنکر توجه الواجبات العقلیه الأصولیه علی الطفل، کما أن الواجبات الشرعیه لا تتوجه علیه، بل نسب القول بذلک الی الاجتهاد فی مقابل النص، ثم قال: و أما قبول إسلام علی (ع) فهو من خواصه. انتهی ملخص کلامه.

و قد عرفت- فی الحاشیه- عن الشافعیه: أنه إذا نطق ولد الکافر بالإسلام لم ینفع إسلامه.

و لکن الظاهر هو الأول. و ذلک لأن الکفر و الإسلام أمران واقعیان یصدران من کل ممیز و إن لم یکن بالغا، و من هنا یعنون ولد الکافر

- الولی ان یجیزه، و إن کانت المصلحه فی رده تعین علی الولی ان یرده. فقه المذاهب ج ۲ ص ۳۶۴.

و عن الشافعیه: انه لا یصح تصرف الصبی سواء کان ممیزا أو غیر ممیز، فلا تنعقد منه عباره، و لا تصلح له ولایه، لأنه مسلوب العباره و الولایه.

فإذا نطق ولد الکافر بالإسلام لم ینفع إسلامه، و لو تولی نکاحا لا ینعقد، إلا ان الصبی الممیز تصح عبادته، کما یصح إذنه للغیر بدخول الدار- فقه المذاهب ج ۲

ص ۳۶۵.

و عن الحنابله: ان تصرف الصبى الذى لا يميز باطل مطلقا. اما الصبى المميز فإنه يصح إذا أذنه الولى. فقه المذاهب ج ۲ ص ۳۶۶.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۳۶

بعنوان أبيه، و يطلق المجوسى على ولد المجوسى. و يقال النصر انى لولد النصرانى.

و يطلق اليهودى على ولد اليهودى. و هكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم.

و يضاف الى ذلک: أن الإسلام يدور مدار الإقرار بالشهادتين، و بذلک يحرم ماله و دمه. و الروايات الداله على هذا متظافره من الفريقين [۱]

---

[۱] عن سماعه عن الصادق (ع): الإسلام شهاده ان لا إله إلا اللّه، و التصديق برسول اللّه (ص)، به حقنت الدماء، و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره جماعه الناس. أصول الكافى ج ۲ من ط ۲ ص ۲۵.

و عن سفيان بن السمط عن الصادق (ع): الإسلام هو الظاهر الذى عليه الناس شهاده ان لا إله إلا اللّه وحده لا شريک له، و ان محمدا عبده و رسوله، و إقام الصلاه، و إيتاء الزكاه، و حج البيت، و صيام شهر رمضان، فهذا الإسلام. أصول الكافى ج ۲ من ط ۲ ص ۲۴.

و عن أبى هريره انه قال رسول اللّه (ص): أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا اللّه، فمن قال: لا إله إلا اللّه عصم منى ماله و نفسه إلا بحقه و حسابه على اللّه. صحيح البخارى باب قتل من أبى قبول الفرائض ص ۵۰.

و عنه عن رسول اللّه (ص) قال: أقاتل حتى يشهدوا ان لا إله إلا اللّه، و يؤمنوا بى، و بما جئت به، فإذا فعلوا ذلک عصموا منى دماءهم و أموالهم إلا بحقها و حسابهم على

اللّه. صحيح مسلم باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا اللّه محمد رسول اللّه. ج ١ ص ٣٩.

و عن أوس الثقفى، قال: دخل علينا رسول اللّه (ص) و نحن فى قبه فى مسجد المدينه، فأتاه رجل فسارّه بشى ء لا ندرى ما يقول، فقال (ص): اذهب قل لهم يقتلوه. ثم دعاه فقال: لعله يشهد ان لا إله إلا اللّه، و انى رسول اللّه. قال: نعم فقال: اذهب فقل لهم يرسلوه، أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا إله إلا اللّه، و انى رسول اللّه، فإذا قالوها حرمت على دماؤهم و أموالهم إلا بحقها، و كان حسابهم على اللّه. كنز العمال فى حكم الإسلام، طبعه دائره المعارف العثمانيه ج ١ ص ٢٧٥

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٧

فإن إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ و غيره. إذ لا- ينبغى الإشكال فى قبول إسلام الصبى المميز، و الحكم بترتب أحكام الإسلام عليه، لأن المدار فى ذلك إنما هو إظهار الشهادتين، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى ايمانا من أكثر البالغين، و متمكنا من الاستدلال على وجود الصانع، و إرساله الرسل و إنزاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص.

نعم لا تترتب الأحكام الإلزاميه على صغارهم و ان كانوا مميزين، و هكذا طفل المسلم إذا ارتد عن دينه، و ذلك لرفع القلم عن الصبى حتى يحتلم، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا الى حد البلوغ.

و على الجمله: إن مقتضى الإطلاقات هو الحكم بإسلام الصبى المميز إذا أظهر الإسلام، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم إذا أظهر الكفر، و كان مميزا. نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، لرفع القلم عنه.

قيل: ان

الحكم بإسلام ولد المسلم و كفر ولد الكافر ليس من جهه الاعتناء بإسلام الأول، و لا من جهه الاعتناء بكفر الثانى، بل لأجل التبعيه التى هى من المسلمات بين الفقهاء، و من محكمات الفقه التى لا- تشوبها شائبه خلاف، بل ادعى غير واحد من الأعلام الإجماع على ذلك.

و يضاف الى ذلك قيام السيره المستمره على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر و التملك و نحوهما.

على أن ذلك مقتضى جمله من الروايات [١].

---

[١] روى وهب بن وهب عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال:

قال على (ع): أولاد المشركين مع آبائهم فى النار، و أولاد المسلمين مع آبائهم فى فى الجنه. ضعيف بوهب بن وهب.

و عن عبد اللّه بن سنان، قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن أولاد-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٨

و الجواب عن ذلك: أن المقدار المتيقن من الإجماع و السيره إنما هو الطفل غير المميز، و الذى لا يتمشى منه الإسلام و الكفر.

أما ولد الكافر المميز المظهر للإسلام فلا إجماع و لا سيره على المعامله معه معامله الكفر. و كذلك ولد المسلم إذا أظهر الكفر و هو مميز، فإنه لا دليل على المعامله معه معامله الإسلام من الحكم بطهارته، و وجوب تجهيزه إذا مات.

أما الروايات المتقدمه فهى لا تتفق و مذهب الإماميه، بديهه أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه: إن خيرا فخير، و إن شرا فشر، فاللّه تعالى لا- يؤاخذ عبدا بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصى، و يرتكب الخبائث، بل لا بد و أن يتركه حتى يبلغ، و يختبر، ثم يؤاخذه بعمله لكى لا تكون له على اللّه حجه، بل تكون للّه عليه الحجه البالغه، و يهلك من

هلك عن بينه، و يحى من حى عن بينه.

- المشركين يموتون قبل ان يبلغوا الحنث؟ قال: كفار و اللّه اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مداخل آبائهم. صحيحه.

الحنث: الذنب و الإثم. الفقيه ط النجف ج ٣ ص ٣١٧. و الوافى ج ١٣ ص ١٠٠ و فى حديث آخر: اما أطفال المؤمنين فيلحقون بآبائهم، و أولاد المشركين يلحقون بآبائهم، و هو قول اللّه عز و جل «بِإِيمانٍ أَلْحَقْنا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ». مرسله.

الكافى ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ و الوافى ج ١٣ ص ١٠٠.

و عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد اللّه (ع) فى قول اللّه عز و جل:

«وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمانٍ أَلْحَقْنا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» قال: قصرت الأبناء عن عمل الآباء، فألحق اللّه عز و جل الأبناء بالآباء لتقر بذلك أعينهم. مجهوله بالحضرمى. توحيد الصدوق، باب فى الأطفال ص ۴٠۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٩

و من هنا قد ورد فى روايات كثيره [١] أن اللّه تعالى يمتحن الأطفال

---

[١] عن زراره، عن أبى جعفر (ع) قال: سألته هل سئل رسول اللّه (ص) عن الأطفال؟ فقال: قد سئل فقال: اللّه اعلم بما كانوا عاملين.

ثم قال: يا زراره هل تدرى قوله: اللّه اعلم بما كانوا عاملين قلت: لا. قال:

للّه فيهم المشيه، انه إذا كان يوم القيامه جمع اللّه عز و جل الأطفال، و الذى مات من الناس فى الفتره (أى ما بين رسولين من رسل اللّه) و الشيخ الكبير الذى أدرك النبى (ص) و هو لا يعقل، و الأصم، و الأبكم الذى لا يعقل، و المجنون، و الأبله الذى لا يعقل، و كل واحد منهم يحتج على اللّه عز و جل، فيبعث اللّه إليهم ملكا

من الملائكه فيؤجج لهم نارا، ثم يبعث اللّه إليهم ملكا فيقول لهم: إن ربكم يأمركم أن تثبوا فيها، فمن دخلها كانت عليه بردا و سلاما، و ادخل الجنه، و من تخلف عنها دخل النار. حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافى ج ۳ من ط ۲ ص ۲۴۸.

و عن عبد اللّه بن سلام مولى رسول اللّه «ص» قال: سألت رسول اللّه فقلت: أخبرنى ا يعذب اللّه عز و جل خلقا بلا حجه؟ فقال: معاذ اللّه. قلت:

فأولاد المشركين فى الجنه أم فى النار فقال: اللّه تبارك و تعالى اولى بهم، انه إذا كان يوم القيامه، و جمع اللّه عز و جل الخلائق لفصل القضاء، يأتى بأولاد المشركين. فيأمر اللّه عز و جل نارا يقال لها الفلق أشد شى ء فى جهنم عذابا فيخرج من مكانها سوداء مظلمه بالسلاسل و الأغلال. ثم يأمر اللّه تبارك و تعالى أطفال المشركين ان يلقوا أنفسهم فى تلك النار، فمن سبق له فى علم اللّه عز و جل ان يكون سعيدا القى نفسه فيها، فكانت عليه بردا و سلاما، كما كانت على على إبراهيم (ع) و من سبق فى علم اللّه عز و جل ان يكون شقيا امتنع و لم يلق نفسه فى النار، فيأمر اللّه تبارك و تعالى النار فتلقطه لتركه أمر اللّه و امتناعه من الدخول فيها فيكون تبعا لآبائه فى جهنم و ذلك قوله عز و جل «فَمِنْهُمْ شَقِيٌّ وَ سَعِيدٌ» توحيد الصدوق باب فى الأطفال ص ۴۰۰-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۰

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار. و لا يلحقون بآبائهم بغير حجه و امتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقا بلا حجه.

و لو سلمنا موافقه الأخبار المذكوره مع

مذهب الإماميه. و لكن لا نسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفارا، و أولاد المسلمين مسلمين من جهه التبعيه، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم فى دار الآخره، و أنهم يعاقبون معهم فى الجحيم، لأن اللّه تعالى يعلم أن أولاد الكفار كآبائهم فى خبث الباطن، و سوء السريره، و فساد النيه، و ارتكاب القبائح، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم، لأنه تعالى يعلم أنهم كآبائهم فى حسن نياتهم، و صفاء باطنهم، و صدور الخير منهم. و لا شبهه فى أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعيه المزبوره.

و ربما يتوهم: أن حديث رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (سنذكره قريبا) كما يدل على رفع الأحكام الفرعيه- كوجوب الصوم و الصلاه و الحج و غيرها- كذلك يدل بإطلاقه على رفع الأحكام الأصليه- أيضا- و عليه فلا اعتبار بكفر الأطفال، و لا بإسلامهم.

و الجواب عن ذلك: أن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه عن الصبى امتنانا عليه، فلا يشمل إسلامه، إذ ليس فى رفعه منه عليه، و كذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع، فان الحكم بكفره و نجاسته- مثلا- موضوع لأحكام إلزاميه بالنسبه إلى المكلفين، و لا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع.

نعم الأحكام الإلزاميه المترتبه على الكفر ترتفع عن الصبى لا محاله.

- و الى غير ذلك من الروايات الكثيره بل المتواتره الداله على ان الأطفال الذين ماتوا قبل البلوغ يمتحنون بالنار و لا يلحقون بآبائهم بلا حجه و امتحان.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤١

و من هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، فلا تبين زوجته منه- مثلا- ما لم يبلغ مرتدا.

و مما ذكرناه ظهر لك: أنه لو ارتد ولد المسلم

ثم مات لم یجب تغسیله، و لا سائر تجهیزاته، فإنها مترتبه علی الإسلام، و المرتد لیس بمسلم.

هل ترتفع- عن الصبی بحدیث الرفع- الأحکام الفرعیه التی هی کالأسباب بالنسبه إلی مسبباتها- کالنجاسه و الجنابه و نحوهما- أم لا.

الظاهر أنها لا ترتفع بالحدیث المزبور، لأن الحکم المرفوع بذلک لا بد و أن یکون مترتبا علی فعل الصبی بما هو فعله، و حینئذ فلا یشمل ذلک أمثال الأمور المذکوره، لأنها مترتبه علی عنوان خاص. کالنجاسه المترتبه علی عنوان الملاقاه، و الجنابه المترتبه علی عنوان الوطی.

و علیه فإذا لاقی بدن الإنسان جسما نجسا جهلا لم یمکن الحکم بعدم تأثیر النجاسه فیه من ناحیه حدیث الرفع، فان تنجس الملاقی لم یترتب علی الملاقاه بما هو فعل الإنسان، لکی یرتفع ذلک بحدیث الرفع، بل هو مترتب علی نفس الملاقاه.

و من هنا لا یفرق فی تحقق النجاسه بین کون الملاقاه بالإراده و الاختیار و بین کونها بالجهل، أو الغفله، أو النسیان، أو بالقهر.

هل تصح عبادات الصبی؟

اشاره

العبادات إما واجبه أو مستحبه:

أما العبادات المستحبه

فلا شبهه فی صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم کشمولها للبالغین، و هذا ظاهر لا شبهه فیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۲

و إنما البحث فی أنه هل- هنا- تناف بین أدله المستحبات، و بین ما دل علی رفع القلم عن الصبی لکی یقدم الثانی علی الأول بالحکومه أم لا؟ الظاهر أنه لا تنافی بینهما. ضروره أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التکلیف، و من البین أنه لا تکلیف فی المستحبات حتی یرتفع بذلک.

و قد یتوهم: أن المراد من رفع القلم هو رفع الکتابه و الجعل بمعنی:

أنه لم یکتب علیهم حکم من الأحکام الشرعیه، فالحکومه علی حالها.

و لکنه توهم فاسد، لأنه خلاف الظاهر من دلیل رفع القلم عن الصبی لأنه إنما ورد فی مقام الامتنان، و من الظاهر أنه لا امتنان فی رفع المستحبات

أما العبادات الواجبه

فربما يتوهم: أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبى إنما هو الإلزام فقط، و أما مطلوبيتها فهى باقيه على حالها، و عليه فتصح عبادات الصبى.

و لكن يتوجه عليه: أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع، و من الواضح أن المجعول أمر بسيط غير قابل للتقسيط. و كذلك المرفوع.

بل قد ذكرنا فى محله: أن صيغه الأمر و ما فى معناها موضوعه لابراز اعتبار الماده على ذمه المكلف فقط، و أما الوجوب فإنه نشأ من ناحيه العقل الحاكم بوجوب إطاعه المولى ما لم يرخص فى الترك. فما هو قابل للرفع و الوضع شرعا هو نفس الاعتبار، دون الوجوب المترتب عليه.

و التحقيق: أن يستدل على مشروعيه عبادات الصبى بالروايات [۱]

---

[۱] عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) عن أبيه، قال: إنا نأمر صبياننا بالصلاه إذا كانوا بنى

خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا بنى سبع سنين و نحن نأمر صبياننا بالصوم إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم إن كان الى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۳

الداله على الأمر بأمر الصبيان بالصلاه و الصوم، و قد ذكرنا فى مبحث الأوامر من علم الأصول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقه، إذ الغرض منه ليس إلا تحقق ذلك الفعل فى الخارج، فيكون الأمر بالأمر طريقا اليه، إلا أن تكون هنا قرينه حاليه أو مقاليه تدل على الموضوعيه، و لكنها منتفيه فى تلك الروايات.

و يضاف الى ذلك: أنه ورد فى جمله أخرى من الروايات [۱] تكليف

- و الغرث أفطروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمروا صبيانكم إذا كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما استطاعوا من صيام اليوم، فإذا غلبهم العطش أفطروا.

حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافى ج ۳ من ط ۲ ص ۴۰۹ و الوسائل باب ۲۹ من أبواب من يصح منه الصوم، و باب ۳ من أبواب أعداد الفرائض.

و عن الراوندى بإسناده عن رسول اللّه (ص) انه قال: مروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا أبناء ست سنين.

و عن الجعفريات بإسناده عن النبى (ص) انه قال: مروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا أبناء عشر سنين. المستدرک ج ۱ ص ۱۷۱.

[۱] عن الفضل بن يسار، قال: كان على بن الحسين (ع) يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء. فروع الكافى ج ۳ من ط ۲ ص ۴۰۹.

و عن محمد بن مسلم، عن أحدهما فى الصبى متى يصلى: قال: إذا عقل الصلاه قلت: متى يعقل الصلاه و تجب عليه؟ قال: لست سنين. صحيحه.

هذه

الروایه محموله علی الاستحباب لما دل علی عدم وجوبها علیه.

و عن عبد اللّه بن فضاله عن الصادق أو الباقر (ع) فی حدیث قال: سمعته یقول: یترک الغلام حتی یتم له سبع سنین، فإذا تم له سبع سنین قیل له: اغسل وجهک و کفیک، فإذا غسلهما قیل له: صل، ثم یترک حتی یتم له تسع سنین، فإذا تمت له علم الوضوء و ضرب علیه، و أمر بالصلاه و ضرب علیها.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۴

الصبیان بالصلاه و الصوم و الحج بغیر عنوان الأمر بأمرهم بها، فتدل علی مشروعیه عباداته.

نعم قامت القرینه الخارجیه علی عدم إراده الوجوب من تلک الروایات و هذه القرینه هی الأدله الداله علی رفع التکلیف عن الصبی حتی یحتلم. و إذن فالصبیان مأمورون بالعبادات کالبالغین، فتکون عباداته مشروعه مستحبه.

بحث فی تصرفات الصبی مستقلا

اشاره

یقع الکلام فی معاملات الصبی- أعم من العقود و الإیقاعات- فی أربع جهات:

الجهه الاولی- فی جواز تصرفاته فی أمواله مستقلا علی وجه الإطلاق

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشکال فی أنه لا یجوز للصبی الاستقلال فی

- و عن إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه (ع) قال: إذا اتی علی الصبی ست سنین وجب علیه الصلاه، و إذا أطاق الصوم وجب علیه الصیام. الوسائل باب ۳ من أبواب أعداد الفرائض.

هذه الروایه- أیضا محموله علی الاستحباب لما عرفته قریبا.

و عن ابان بن الحکم قال: سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول: الصبی إذا حج به فقد قضی حجه الإسلام حتی یکبر.

و عن زراره عن أحدهما (ع) قال: إذا حج الرجل بابنه و هو صغیر فإنه یأمره ان یلبی و یفرض الحج، فان لم یحسن ان یلبی لبوا عنه، و یطاف به، و یصلی عنه. الوافی ج ۸ باب ۲۳ حج المملوک و الصبی ص ۵۲. و الی غیر ذلک من الروایات المذکوره فی المصادر المزبوره و غیرها.

التصرفات فی أمواله بدون إذن الولی، و لم یخالف فی ذلک أحد فیما نعلم، إلا الحنفیه فإنهم ذهبوا الی جواز استقلال الصبی فی بعض التصرفات. و قد ذکرنا رأیهم فی الحاشیه آنفا.

و یدل علی رأینا هذا قوله تعالی «وَ ابْتَلُوا الْیَتامیٰ حَتّٰی إِذٰا بَلَغُوا النِّکٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ» «۱».

و وجه الدلاله هو أن اللّه تعالی سجل اعتبار الرشد فی جواز تصرفات الصبی فی أمواله مستقلا بعد تسجیله اعتبار البلوغ فیه، و من الواضح جدا أنه لو کان الرشد بوحدته کافیا فی جوازها بدون إذن الولی لکان اعتبار البلوغ فی ذلک قبل الرشد لغوا محضا، فیعلم من ذلک أن نفوذ

تصرفات الصبی یتوقف علی أمرین: البلوغ، و الرشد.

و إذن فالآیه الکریمه داله علی المنع عن تصرفات الصبی قبل البلوغ و ان کان رشیدا.

و قد ظهر مما ذکرناه أن ما ذکره المحقق الایروانی علی خلاف الظاهر من الآیه و إلیک نصه: (لا یبعد استفاده أن المدار فی صحه معاملات الصبی علی الرشد من الآیه «وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ» علی أن تکون الجمله الأخیره استدراکا عن صدر الآیه و أنه مع استیناس الرشد لا یتوقف فی دفع المال و لا ینتظر البلوغ و أن اعتبار البلوغ طریقی اعتبر أماره إلی الرشد بلا موضوعیه له).

و قد استدل بهذه الآیه المبارکه علی نفوذ تصرفات الصبی قبل البلوغ بدعوی أن قوله تعالی «وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ» یقتضی أن الابتلاء إنما یحصل قبل البلوغ، و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فی أنه هل له

---

(۱) سوره النساء، الآیه: ۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۶

تصرف صالح أم لا، و انما یحصل هذا المعنی بإعطاء شی ء من المال لیتصرف فیه فیری تصرفه کیف یکون، فإن أحسن فیه کان راشدا و إلا کان علی سفهه.

و هذا الاختبار یحصل بأی تصرف من التصرفات السائغه فی نفسها بدلیل صحه الاستثناء، ضروره أنه یصح أن یقال: و ابتلوا الیتامی إلا فی التصرف الفلانی، و إذن فتدل الآیه الشریفه علی جواز تصرفات الصبی مستقلا علی وجه الإطلاق.

و یرد علیه: أن اختبار الصبی لا یتوقف علی دفع ماله الیه لیستقل بالتصرف فیه. بل یمکن ذلک بمباشره البیع و الشراء بنظاره الولی، أو بنظاره شخص منصوب من قبله، أو بمباشرته مقدماتهما لیتصدی الولی إیقاعهما بنفسه

و بتعبير آخر: أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه، أما إعطاؤه طائفه من ماله لكى يتصرف فيها تحت مراقبه الولى و نظارته لأجل الاختبار و الابتلاء فلا منع فيه بوجه، بل هذا هو المأمور به فى هذه الآيه المباركه.

و السر فى أن الاختبار لا بد و أن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم فى زمان الاختبار، و هو مناف لقاعده سلطنه الناس على أموالهم، و سبب لمنع تصرف المالك فى ماله بلا موجب.

و تدل على ما ذكرناه- من عدم جواز تصرف الصبى فى ماله بدون إذن الولى- الروايات الآتيه، فإنها تدل على أن أمر الصبى لا يجوز ما لم يبلغ الحلم.

ثم إن المذكور فى الآيه المباركه و إن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه و رشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ، و عليه فيعم الحكم غير اليتيم- أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۷

على أن الآيه الكريمه تشمل لمن كان له الجد و لكن مات أبوه.

و كذلك يعم الحكم من كان أبوه حيا- أيضا- لعدم الفصل جزما.

هل يجوز تصرف الصبى مستقلا بإذن الولى؟

الجهه الثانيه- فى جواز تصرفات الصبى فى أمواله مستقلا مع إذن الولى بذلك.

قد ظهر حكم هذه الجهه من الجهه الأولى، بديهه أن الولى لا يجوز له أن يدفع مال الصبى اليه، و يأذن له فى البيع و الشراء و أمثالهما، فإن جواز ذلك يتوقف على بلوغه و رشده و إلا فهو محجور عليه فى التصرف فى أمواله

هل تجوز مباشره الصبى اجراء العقود؟

الجهه الثالثه- فى صحه مباشره الصبى العقود أو الإيقاعات فى أمواله بإذن الولى، أو يكون وكيلا من قبله فى ذلك، و عدم صحتها.

اشاره

لا إشكال فى أن الآيه المباركه لا تدل على عدم جواز ذلك، فان الممنوع فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله، فلا تعم ما إذا باشر إنشاء عقد أو إيقاع فى ماله باذن من الولى.

[فى الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه]

اشاره

و مع ذلک فقد یقال: بأن الصبی مسلوب العباره، للروایات الوارده فی عدم نفوذ أمره، و فی رفع القلم عنه، و فی کون عمده و خطأه واحدا.

و لکن لا دلاله فی شی ء من هذه الروایات علی الرأی المذکور.

و توضیح ذلک: أن هذه الروایات علی ثلاث طوائف:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۸

الطائفه الأولی: الروایات [۱] الداله علی أن أمر الصبی لا ینفذ

و لکن الظاهر أن هذه الروایات بعیده عن مقصود المستدل، لأنها صریحه فی المنع

---

[۱] عن حمران عن أبی جعفر (ع) انه قال: إن الجاریه إذا تزوجت و دخل بها، و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم، و دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی البیع و الشراء. و الغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع، و لا یخرج من الیتم حتی یبلغ خمس عشر سنه. ضعیف بعبد العزیز العبدی و غیره. فروع الکافی باب حد الغلام و الجاریه ج ۷ من ط ۲ ص ۱۹۷. و الوافی أبواب الحدود ج ۹ ص ۴۶ و الوسائل باب ۴ من أبواب مقدمات العبادات. و باب ۱۴ من أبواب عقد البیع.

و عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه (ع) قال: سأله أبی و انا حاضر عن الیتیم متی یجوز امره؟ قال: حتی یبلغ أشده، قال: قلت: و ما أشده؟ قال احتلامه. قال: قلت: قد یکون الغلام ابن ثمان عشره سنه، أو أقل، أو أکثر، و لا یحتلم؟ قال: إذا بلغ و کتب علیه الشی ء جاز امره إلا ان یکون سفیها أو ضعیفا البحار ج ۲۳ ص ۳۹.

و عن محمد بن الحسین قال: قال أبو عبد اللّه (ع) إذا بلغت الجاریه تسع سنین دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی مالها، و أقیمت

الحدود التامه لها و عليها.

مرسل. الوسائل باب ۲ من أحكام الحجر.

و عن عبد اللَّه بن سنان عن ابى عبد اللَّه (ع) قال: إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشره سنه، و دخل الأربع عشره وجب عليه ما وجب على المحتلمين.

و جاز له كل شى ء فى ماله إلا ان يكون ضعيفا أو سفيها. حسن بالحسن بن على المعروف بابن بنت إلياس. الوسائل باب ۴۴ من أحكام الوصايا. و المستدرک ج ۱ باب ۴ من مقدمات العباده ص ۷.

و عنه عن الصادق (ع) فى حديث: انه إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنات، و كتبت عليه السيئات و جاز امره إلا ان يكون سفيها أو ضعيفا.

الوسائل باب ۲ من أحكام الحجر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۴۹

عن نفوذ أمر الصبى فى البيع و الشراء و غيرهما، و من البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبى المنع عن استقلاله فى أمر المعامله، و تسلطه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم و شؤونهم، إذ لا يقال لمجرى الصيغه فقط: إن أمر المعامله تحت يده. و من هنا لا يجرى عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط و الأحكام و بتعبير آخر: أن لفظ الأمر المذكور فى هذه الطائفه و إن كان بمفهومه اللغوى شاملا لأى فعل يصدر من الصبى، و لكن اسناد لفظ (يجوز)- الذى ذكر فيها- اليه و مناسبته له يقتضى أن يراد منه سلطنه الصبى على أمواله، و تصرفه فيها كيف يشاء، و لا يفرق فى ذلک بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه، أو بدونه، و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغه.

و إذن فالطائفه المزبوره تمنع عن كون الصبى مستقلا

فی معاملاته و لو کان ذلک باذن ولیه، و علیه فلا ظهور فیها- بوجه- فی سلب عبارات الصبی.

بـل المعـامله الصـادره من الصبی فی أمواله إذا وقعت علی نحو اسـتقلاله فیها لم یحکم بفسادها مطلقا، لأنه غیر مسـلوب العباره. فإذا أجازها الولی حکم بصـحتها، لأن العقد المزبور و إن کان صادرا من الصبی حدوثا، و لکنه عقد للولی بقاء. و من الظاهر أن عدم نفوذها من حیث صدورها من الصبی لا ینافی نفوذها من جهه إضافتها إلی الولی.

و إلی ذلک أشار المصنف، و إلیک نصه:

(لکن الإنصـاف أن جواز الأمر فی هـذه الروایات ظاهر فی اسـتقلاله فی التصـرف، لأن الجواز مرادف للمضـی، فلا ینافی عـدمه ثبوت الوقوف علی الإجازه. کما یقال: بیع الفضولی غیر ماض، بل موقوف).

و الذی یدل علی صدق مقالنا من نفس تلک الروایات هو وقوع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۰

الاستثناء فی جمله منها بقوله (ع): إلا أن یکون سفیها أو ضعیفا.

و وجه الدلاله: هو أن السـفیه لیس مسلوب العباره، و إذن فیعلم من الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبی فیها إنما هو عدم استقلاله فی التصرف.

الطائفه الثانیه: ما دل [۱] علی رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم.

و قال المصنف:

(و أمـا حـدیث رفع القلم ففیه أولاـ أن الظـاهر منه قلم المؤاخـذه، لاـ قلم جعـل الأحکـام، و لـذا بنینا- کالمشـهور- علی شـرعیه عبادات الصبی).

و یرد علیه: أن العقوبه و المؤاخذه- کالمثوبه و الأجره- من الأمور التی لا صـله لها بعالم الجعل بوجه، بل هی مترتبه علی الجعل ترتب الأثر علی ذی الأثر و علیه فلا معنی لتعلق الرفع بما لم یتعلق به الجعل.

نعم ترتفع العقوبه بارتفاع منشئها: أعنی به التکالیف الإلزامیه.

و لکنه غیر رفع المؤاخذه ابتداء.

أما مشروعیه عبادات الصبی فغریبه عن الحدیث

بالكليه، و إنما هى من جهه الروايات الخاصه، و قد عرفتها قريبا.

و التحقيق فى الجواب أن يقال: إن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه المتوجهه إلى الصبيان كتوجهها الى غيرهم، فان هذا هو الموافق للامتنان، و من الواضح أن مجرد إجراء الصيغه ليس من

---

[١] عن ابن ظبيان قال: اتى عمر بامرأه مجنونه قد زنت فأمر برجمها فقال على (ع): اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ. مجهول بمحمد بن عبد اللّٰه الحضرمى و غيره. الوسائل باب ۴ من مقدمه العبادات. و البحار ج ٣ ص ٨۴.

الأحكام الإلزاميه، و لا موضوعا لها لكى يرتفع بحديث الرفع، و إنما الموضوع لها هو نفس المعامله التى أوجدها المتعاملان، و إذن فما هو موضوع للاحكام الإلزاميه لم يصدر من الصبى لكى يشمله حديث الرفع، و ما هو صادر منه ليس بموضوع لها. و هذا ظاهر.

و على الجمله: أن ارتفاع قلم التكليف عن الصبى لا- ينافى الالتزام بصحه العقود و الإيقاعات الصادره منه، بل إن رفع القلم عن الصبى لا- يدل على أزيد من رفع إلزامه بشخصه ما دام صبيا، فهو لا يدل على رفع إلزام البالغين بفعله أو على إلزامه بفعله بعد بلوغه، كما هو الحال فى جنابته، أو فى إتلاف مال غيره و الى هذا أشار المصنف فى ثالث أجوبته، و قال:

(لو سلّمنا اختصاص الأحكام- حتى الوضعيه- بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله فى حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى

وقت البلوغ).

و إذن فلا دلاله فى حديث الرفع على بطلان معامله الصبى فضلا عن دلالته على سلب عبارته.

ثم ان المصنف قد ذكر فى الجواب الثانى:

(أن الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولى إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمه تمكينه من مس المصحف).

و لكنه يناقض ما قد بنى عليه فى أصوله من أن الأحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه، و إذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفى عن الصبى فلا منشأ- هنا- لانتزاع الحكم الوضعى.

الطائفه الثالثه: ما دل على أن عمد الصبى و خطأه واحد،

و هذه الطائفه على ثلاثه أقسام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۲

۱- ما دل [۱] على ذلک مطلقا من غير أن يكون مقيدا بشى ء.

۲- ما دل [۲] على الحكم المزبور مقيدا بكون ديه الجنايه الصادره من الصبى خطأ على عاقلته.

۳- ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر، و هو رفع القلم عن الصبى، كروايه أبى البخترى، عن جعفر، عن أبيه، عن على (ع): أنه كان يقول فى المجنون المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم [۳].

قيل: إن القسم الأول من هذه الطائفه يدل على عدم الاعتناء بأقوال الصبى و أفعاله، ضروره دلاله صحيحه محمد بن مسلم على نزول ذلک منزله الخطأ

---

[۱] عن محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّٰه (ع) قال: عمد الصبى و خطأه واحد.

صحيحه. التهذيب ج ۲ ص ۵۱۱ و الوافى ج ۹ ص ۹۸.

[۲] عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): ان عليا (ع) كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمله العاقله. ضعيفه بغياث

بن كلوب. التهذيب ج ۲ ص ۵۱۱. و الوافى ج ۹ ص ۹۸.

و عن على (ع): ليس بين الصبيان قصاص، عمـدهم خطأ يكون فيه العقل مجهوله بموسـى بن إسـماعيل. الجعفريات ص ۱۲۴. و المستدرک باب ۳۳ من کتاب القصاص.

و عن دعائم الإسلام عن على (ع): انه ما قتل المجنون المغلوب على عقله.

و الصبى فعمدها خطأ على عاقلتهما. مرسله.

و عنه عن أبى جعفر (ع): انه قال: و ما جنى الصبى و المجنون على عاقلتهما.

مرسله. المستدرک باب ۳۳ من کتاب القصاص.

[۳] ضعيفه بأبى البخترى. قرب الاسناد ص ۷۲. و الوسائل باب ۳۶ من کتاب القصاص.

و عليه فلا يعتنى بصـيغ العقود و الإيقاعات الصادره منه، كما لا يترتب الأثر عليها إذا صدرت من البالغين نسـيانا، أو غفله، أو فى حاله النوم، أو خطأ.

و لاـ تنافى بين هـذا القسم، و بين القسم الثانى و القسم الثالث لكى يحمل المطلق على المقيـد، بـديهه أنه لا تنافى بين أن يكون عمـد الصبى بمنزله الخطأ فى الجنايات، و بين كون عمـده بمنزله الخطأ فى غير موارد الجنايات، و إذن فلا موجب لرفع اليـد عن الإطلاق، فإنه منحصر بالتنافى، كما قرر فى محله.

نعم لا يبعد أن يستأنس- بما اشتمل على التقييد- اختصاص الحكم بالجنايه فيكون ذلك قرينه على انصراف المطلق إليها.

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد [۱] فى الأعمى من أن عمد الصبى خطأ و لكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذى هو مطلق.

و الجواب عن ذلك: أن دلاله الروايه على تنزيل عمد الصبى منزله خطأه من جميع الجهات إنما تتم إذا كان الظاهر منها هو نفى الحكم بلسان نفى الموضوع بأن يقول

الامام (ع) عمد الصبى ليس بعمد أو كلا عمد.

نظير قوله (ع): ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد

---

[۱] عن أبى عبيده، قال: سألت أبا جعفر (ع) عن أعمى فقأ عين رجل صحيح متعمدا؟ فقال: يا أبا عبيده: ان عمد الصبى مثل الخطأ، هذا فيه الديه من ماله، فان لم يكن له مال فإن ديه ذلك على الامام، و لا يبطل حق مسلم. موثق بعمار الساباطى.

و عن الحلبى عن الصادق (ع): الأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته، يؤخذون بها فى ثلاث سنين، فى كل سنه نجما، فان لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله. مهمل بمحمد بن عبد اللّه. التهذيب ج ۲ ص ۵۱۰ و ص ۵۱۱ و الوافى ج ۹ ص ۹۸ و ۹۹.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۴

و عبده ربا «۱».

و كقوله (ع): ليس على الامام سهو، و لا على من خلف الامام سهو و لا على السهو سهو «۲».

و كقوله (ع): لا ضرر و لا ضرار «۳» فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزل عليه فى جميع الآثار، و عليه فيترتب على عمد الصبى ما يترتب على خطأه.

و السر فى ذلك: أن تنزيل شى ء منزله عدمه لا- يقتضى وجود الأثر للمنزل عليه لكى يكون التنزيل باعتبار ذلك الأثر، بل التنزيل- هنا- باعتبار عدم الأثر، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزله العدم، و هذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزله صاحبه، فان ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود الأثر للمنزل عليه.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى.

أما وجود المانع

فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضروره المذهب، و موجب لتأسيس فقه جديد، بديهه أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبى مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عمد الصبى خطأ.

و أيضا لزم من ذلك القول بصحه صلاه الصبى إذا ترك عمدا أجزاءها التى لا يضر تركها خطأ بصلاه البالغين، و هكذا الكلام فى ناحيه الزياده العمديه فيها.

---

(۱) الوافى باب ۵۶ من يجوز له الربا ج ۱۰ ص ۵۴.

(۲) الوافى باب من لا يعتد بسهوه ص ۱۵۰.

(۳) قد تقدم ذلك فى ص ۹۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۵

بل يلزم منه الالتزام بصحه صلاه الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنيه و التكبير للإحرام و الركوع و السجده الواحده و السلام، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاه البالغين، و المفروض أن عمد الصبى خطأ.

بل يلزم من العمل بإطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلا، فإن صحتها متوقفه على صدورها من الفاعل بالإراده و الاختيار، و قد فرضنا أن عمد الصبى خطأ فلا يعقل صدور عباده صحيحه منه، و لا أظن أحدا أن يلتزم بشى ء من هذه اللوازم.

و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافيه.

أما عدم المقتضى للإطلاق فلأن تنزيل عمد الصبى منزله خطأه على وجه الإطلاق يقتضى أن يكون- هنا- أثر خاص لكل منهما عند صدورهما من البالغين، لكى يكون تنزيل عمد الصبى منزله خطأه بلحاظ ذلك الأثر.

كما أن الأمر كذلك فى تنزيل الطواف منزله الصلاه فى قوله (ص) الطواف بالبيت صلاه [۱].

و من الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنايات، فإنها ان صدرت من الجانى عمدا فيقتص منه،

و ان صـدرت منه خطأ فـديتها على عاقلته، و على هذا فيصح تنزيل جنايه الصبى عمدا منزله جنايته خطأ، فتكون ديتها مطلقا على عاقلته، أما فى غير الجنايات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلا.

نعم قـد ثبت أثر خـاص لكـل من العمـد و الخطـأ فى الصـلاه و فى تروك الإحرام، فإن من ترك جزء من صـلاته عمـدا فتبطل صلاته، و ان تركه خطأ

---

[۱] عن ابن عبـاس قـال رسول اللّه «ص»: الطواف بـالبيت صـلاه و لكن اللّه أحـل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق إلا بخير. سـنن البيهقى ج ۵ ص ۸۷.

و مستدرك الحاكم ج ۱ ص ۴۵۹.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۶

فتجب عليه سجدتا السهو.

و أن المحرم إذا صاد حيوانا عمدا ثبتت عليه الكفاره زائده على ما إذا صاده خطأ.

و لكن أمثال هذه الموارد خارجه عن حدود الروايات الوارده فى تنزيل عمد الصبى منزله خطأه، ضروره أن الآثار المذكوره انما تترتب على الخطأ- فى تلك الموارد- إذا صدر من غير الصبى. أما إذا صدر من الصبى ارتفع أثره بحديث الرفع.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۳، ص: ۲۵۶

و بتعبير أوضح: أن تنزيل عمد الصبى منزله خطأه متقوم بأمرين:

(الأول) ثبوت الأثر لكل منهما.

(الثانى) أن يكون أثر الخطأ ثابتا لغير الفاعل. و لا ريب أنه لا مصـداق لهـذه الكبرى الا باب الجنايات، و هـذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهى.

و ممـا يـدل على اختصاص تلك الروايات بباب الجنايات قوله (ع) فى بعضـها: عمـد الصبيان خطأ، تحمله العاقله، إذ من المعلوم أن العاقله لا تحمل سجدتى السهو، و لا الكفاره فى الحج، و انما تحمل الديه فى الجنايات، و

اذن فلا دلاله فی شی ء من تلک المطلقات- أیضا- علی کون الصبی مسلوب العباره.

بحث فی ذیل روایه أبی البختری

بقی الکلام فی ذیل روایه أبی البختری، و هو قوله (ع): و قد رفع عنهما القلم. و قد استظهر المصنف (ره) من هذه الجمله دلالتها علی کون الصبی مسلوب العباره، و کون عقده و إیقاعه مع القصد کعقد الخاطی و الغالط و الهازل و ایقاعاتهم.

و حاصل کلامه: أن هذه القطعه من الروایه لا تتصل بسابقتها الا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۷

بأخذها عله لثبوت الدیه علی العاقله، أو معلولا لقوله علیه السلام: عمدهما خطأ:

بمعنی: أن عله رفع القلم عن الصبی و المجنون هو کون قصدهما بمنزله عدم القصد فی نظر الشارع، و من البیّن أن اتخاذها عله لثبوت الدیه علی العاقله أو معلولا لتنزیل عمد الصبی منزله الخطأ لا یستقیم إلا بأن یراد من رفع القلم رفع المؤاخذه عن الصبی و المجنون، سواء أ کانت المؤاخذه دنیویه أم کانت أخرویه، و سواء أ تعلقت المؤاخذه الدنیویه بالنفس- کالقصاص- أم تعلقت بالمال- کغرامه الدیه- و علیه فلا یؤخذ الصبیان و المجانین بأفعالهم و أقوالهم- الصادره حال الصبوه و الجنون- بعد البلوغ و الإفاقه، سواء أ کان صدور الأقوال و الأفعال منهم- فی تلک الحال- بإذن الولی أم لم یکن کذلک.

و علی الجمله: إن الروایه و إن وردت فی باب الجنایه، و لکن مقتضی التعلیل هو تنزیل قصد الصبی و المجنون منزله عدمه. و أنه لا اعتبار بشی ء مما یصدر منهما قولا و فعلا، بل هما مسلوبان- فی عالم الاعتبار- من جهه الفعل و العباره ضروره أن ذکر العله فی مورد خاص لا یقتضی اختصاصها به. بل هو من باب تطبیق الکبری

على الصغرى. و إذن فلا محذور لنا فى الأخذ بعموم العله فى سائر الموارد أيضا.

و يتوجه عليه: أنه لا وجه لجعل رفع القلم عله لكون الـديه على العاقله لعـدم العليه بينهما لا شـرعا، و لا عرفا، و لا عقلا، بل نسـبه أحـدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان. و العجب من المصـنف، فإنه قد التزم بثبوت العليه و المعلوليه بين رفع القلم عن الصبى، و بين ثبوت الديه على العاقله و لكن لـم يستوضح المناسبه و السنخيه بينهما.

غايه الأمر: أنه ثبت فى الشـريعه المقـدسه: أن دم المسـلم لا يـذهب هـدرا، و من الظاهر أن هـذا الحكم- مع ما دل على أن عمد الصبى خطأ- يلازم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۵۸

ثبوت ديه الجنايه- الصادره من الصبى- على عاقلته.

و الصـحيح: أنه لا ملازمه بينهما- أيضا- لأن الحكمين المذكورين لا يدلان على ثبوت الديه على خصوص العاقله، إذ يمكن أن تكون الـديه على جميع المسـلمين أو من بيت المـال، أو غير ذلـك، كمـا أنه لاـ وجه لجعـل رفع القلم معلولا لقوله عليه السـلام عمدهما خطأ، فإن رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزله الخطأ. لا أنه معلول له.

و التحقيـق: أن وجه المناسـبه بين قوله عليه السـلام: رفع عنهمـا القلم، و بين قوله عليه السـلام: عمـدهما خطـأ هو أن تنزيـل عمد الصبى منزله خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبى، و هو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد، و لا يلزم الصبى بشى ء من أفعاله.

ثانيهمـا: حكم إيجـابى و هو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائى، و قـد بيّن عليه السـلام الأمر الثانى بقوله عليه السـلام: تحمله العاقله، و بيّن الأمر الأول بقوله عليه السلام رفع عنهما القلم، و اذن

فلا دلاله فى هذه الجمله على أزيد مما دل عليه قوله عليه السلام: رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم «۱».

و يضاف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند بأبى البخترى، فلا يصح الاستدلال بها على شى ء من المسائل الفقهيه.

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا دليل على أن عباره الصبى مسلوبه بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود و الإيقاعات أثر أصلا.

هل يجوز كون الصبى وكيلا عن غيره؟

الجهه الرابعه: فى جواز كونه وكيلا عن غيره فى عقد أو إيقاع

و لو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أ كان الموكل وليا أم كان غيره. و حينئذ

---

(۱) قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى ص ۲۵۰.

فيوقع الصبى العقد أو الإيقاع و لو كان على نحو الاستقلال، و بدون إذن الولى فضلا عما إذا أوقعه بإذنه أو كان وكيلا فى إجراء الصيغه فقط.

و التحقيق: هو نفوذ تصرفات الصبى فى هذه الصوره، للعمومات و الإطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد، و ذلك لأن الآيه المتقدمه لا إشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلاله عليه ضروره أن قوله تعالى:

(فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ «۱») كالصريح فى أن الآيه راجعه إلى تصرفات اليتامى فى أموال أنفسهم، لا فى أموال غيرهم.

و عليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبى فى مال غيره وكاله عنه فان المنع عن ذلك لا بد و أن يكون بدليل، و من المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف فى مال نفسه، و التصرف فى مال غيره و إما الأخبار المتقدمه الداله على عدم نفوذ أمر الصبى قبل البلوغ:

أما دعوى عدم الفصل فعهدتها على مدعيها.

أما الأخبار فلا دلاله فى شى ء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبى

فی هـذه الصوره، إذ قـد عرفت: أن ما دل علی رفع القلم عن الصبی، أو أن عمده خطأ لا دلاله فیه علی بطلان عقده أو إیقاعه. و أنه مسلوب العباره.

فإذا کان صـدوره منه وکاله عن ولیه، أو غیر ولیه و لو کان التوکیل بنحو التفویض و الاسـتقلال- فالعقـد عقد للموکل حقیقه، و حیث إن المفروض أن ما وقع علیه العقد لیس بمال الصغیر فلا مانع عن شمول أدله صحه البیع و نحوه له.

أمـا مـا دل علی عـدم نفوذ تصـرف الصبی و أمره من الروایات المتقـدمه فقـد یتوهم دلالتها علی عـدم النفوذ فی هـذه الصوره- أیضا- نظرا إلی الإطلاق

---

(۱) سوره النساء الآیه ۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۰

و لکن الصـحیح هو عـدم صـحه ذلـک أمـا أولا: فلاختصاص تلک الروایات بالیتیم، و أنه ما لم یـذهب یتمه لا یجوز أمره، و لا یـدفع الیه مـاله، فهی لا تـدل إلا علی عـدم نفوذ تصـرف الصبی فی ماله، دون ما إذا کان فی مال غیره باذنه نعم قـد علمنا أنه لا خصوصـیه للیتیم- فی الحکم- و إنما ذکر ذلک لأجل أنه هو المورد المتوهم لـدفع ماله الیه. فنتعـدی منه إلی غیر الیتیم- أیضا- من الصغار، أما خصوصیه أن موضوع المنع هو تصرف الصغیر فی مال نفسه فلا مقتضی لرفع الید عنها.

أما ثانیا فلأجل أنا لو سـلمنا الإطلاق فغایه ما یسـتفاد منها هو عـدم نفوذ تصـرف الصبی بما أنه عقده، و هذا لا ینافی نفوذ ذلک التصرف بما أنه مضاف إلی الموکل، سواء فیه الولی و غیره.

و من هنا أن الصبی إذا باع ماله، ثم أجازه الولی حکم بصحه البیع، لأنه بیع الولی بقاء.

نعم قد عرفت أنه لا

يجوز أن يأذن الولى فى تصرف الصبى استقلالا، و لا يكون تصرفه ماضيا للمنع عنه فى الآيه المباركه.

فالمتحصل مما ذكرناه: أنه لا مانع من مباشره الصبى العقد و الإيقاع فى مال نفسه إذا كان ذلك بإذن الولى، و كان الصبى وكيلا فى إجراء الصيغه فقط كما لا مانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبى من ولى أو غيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۱

هل يؤخذ الصبى بإتلافه مال الغير؟

قوله: (ثم إن مقتضى عموم هذه الفقره بناء على كونها عله للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما).

أقول: إذا أتلف الصبى مال غيره وجب عليه الخروج من عهدته بعد بلوغه، لقاعده من أتلف.

و قد يتوهم عدم الضمان، لأن عمد الصبى خطأ.

و لأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتلم.

و لكن هذا التوهم فاسد. إذ لا شهاده فى شى ء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان:

أما الأول فلأن الظاهر: أن تنزيل عمد الصبى منزله خطائه انما هو فى الأفعال التى لا تكون موضوعا للأحكام الشرعيه إلا إذا صدرت من الفاعل بالإراده و الاختيار، و مع القصد و العمد، لا فى الأفعال التى هى بنفسها موضوع للأحكام الشرعيه من غير أن يعتبر فيها القصد و العمد:

كالجنابه فإنها توجب الغسل و ان تحققت حال النوم.

و كمباشره النجاسات، فإنها توجب نجاسه البدن و إن كانت المباشره بغير التفات إلى النجاسه.

و كالإحداث الناقضه للطهاره و إن صدرت جهلا أو غفله، أو بغير اختيار، فإن شيئا من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالإراده و الاختيار، و لا ريب فى أن إتلاف مال الغير من القبيل الثانى، فإنه يوجب الضمان و ان صدر حال الغفله و الجهل، و بدون الإراده و الاختيار، ضروره

أنه لم يؤخذ فی قاعده من أتلف عنوان آخر غیر صدق الإتلاف.

و یضاف الی ذلک: ما ذکرناه آنفا من اختصاص الحدیث بما إذا کان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۲

للفعل العمدی أثر، و للفعل الخطائی أثر آخر بالنسبه إلی غیر الفاعل، فیحکم علی فعل الصبی- عندئذ- بحکم الخطأ. و من الظاهر أن حکم العمد و الخطأ لا یختلف فی الإتلاف و اذن فلا یکون الإتلاف مشمولا للحدیث.

أما الوجه الثانی فقد عرفت آنفا: أن المراد من دلیل رفع القلم عن الصبی انما هو رفع الأحکام الإلزامیه عنه منذ نعومه أظفاره إلی حد بلوغه.

و هذا لا ینافی توجه تلک الأحکام علیه بعد زمان البلوغ. و قد تقدم أن فعل الصبی قد یکون موضوعا لتوجه الأحکام الإلزامیه علیه بعد بلوغه.

و السر فی ذلک: أن دلیل رفع القلم و التکلیف قد تعلق بالصبی، فیدور مدار صبوته. و علی هذا الضوء فإتلاف الصبی مال غیره سبب للضمان جزما و لکنه لا یستتبع الحکم الإلزامی إلا بعد بلوغه، و إذا بلغ توجه علیه التکلیف و وجب علیه الخروج عن عهدته. لأنه- وقتئذ- یصدق علیه أنه أتلف مال غیره کما یتوجه علیه- عندئذ- وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابه منه قبل البلوغ.

قوله: (فإذا لم یلزمه شی ء بالتزاماته و لو کانت بإذن الولی فلیس ذلک الا لسلب قصده. و عدم العبره بإنشائه)

أقول: قد عرفت فیما سبق أن أمر الصبی و ان کان غیر نافذ و لو باذن ولیه. و لکنه غیر مربوط بسلب عباراته لکی یترتب علیه بطلان إنشائه، بدیهه أن معنی عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر علی معاملاته. و هذا لا ینافی جواز مباشرته إنشاء الصیغه، إذ لا صله بینهما

بوجه.

هل ترتفع تعزيرات الصبيان بحديث الرفع؟

قوله: (ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير).

أقول: ان كان الغرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۳

من حديث رفع القلم عن الصبى هو رفع التكاليف الإلزاميه الثابته فى حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابته فى حق الصبيان خارجه عن ذلك موضوعا فان تلك التعزيرات لم تثبت فى حق البالغين و إنما هى ثابته فى حق الصبيان لحكمه خاصه، و هى تأديبهم على ارتكاب القبائح، و صيانتهم من اغواء المضلين، و سوقهم الى تهذيب الأخلاق. فإن تعوّد الأفعال الشنيعه داء عضال.

و ان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الإلزاميه فيشمل عمومه لتعزيرات الصبيان أيضا. و لأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم.

و التحقيق: أن التعزيرات الثابته فى الشريعه المقدسه ان أخذ فى موضوعها البلوغ فهى ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه. و ان أخذ فى موضوعها الصباء فهى غير قابله للارتفاع عن الصبيان، لأن المصلحه الملزمه قد اقتضت ثبوتها فى حقهم بعنوان الصبوه، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع، و لعل تلك المصلحه ارتداعهم عن ركوب القبائح، و تجنبهم عن ارتكاب المنكرات. و حينئذ فيختص حديث الرفع بما إذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الإلزاميه ثابتا للطبيعى الجامع بين البالغ و الصبى فهى ترتفع عن الصبى

ما هو حكم فعل الصبى المعتبر فيه قصد الفاعل؟

قوله: (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى)

أقول: ملخص كلامه:

أن المتحصل من الأدله المتقدمه- من الإجماع و غيره- هو عدم الاعتبار بما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۴

يصدر من الصبى من الأفعال التى يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها. كإنشاء العقود و الإيقاعات أصاله و وكاله، و التصدى للقبض و

الإقباض، و كذلك كل ما يلتزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك.

ثم ساق عباره العلامه فى التذكره تأييدا لمرامه.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه قريبا من أنه لا دليل لنا على سقوط فعل الصبى و قوله عن الاعتبار، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله فى التصرف فى أمواله. و عليه فأى فعل من أفعاله لا يعد فى العرف تصرفا فى أمواله استقلالا لا مانع عن جوازه فيحكم بصحه تحجيره، و حيازته، و التقاطه و صيده، و إحيائه الموات، و ما شاكل ذلك.

و قد يتوهم أن الأمور المذكوره غير جائزه لأن عمد الصبى خطأ.

و لكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلاله الحديث على إلغاء قصد الصبى، و أنه كعدمه على ما تقدم بيانه.

على أنه يتوقف على اعتبار القصد فى هذه الأمور و هو لم يثبت.

بل إن مقتضى قوله عليه السلام- مثلا- أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هى لهم «۱» هو ثبوت الملكيه بنفس الاحياء، سواء أقصد المحيى التملك، أم لم يقصده.

هل يصح قبض الصبى؟

قد حكى عن العلامه فى التذكره: أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظيه، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبه.

---

(۱) الوافى ج ۱۰ باب ۱۵۸ إحياء الأرض الموات ص ۱۳۱.

و هذا المعنى يظهر من المصنف- أيضا- حيث انه نقل كلام العلامه تأييدا لمرامه و لم يناقش فيه أصلا.

و لكن الظاهر أن قبض الصبى يفيد الملكيه فى الهبه و غيرها، لقيام السيره على ذلك.

بل مقتضى جمله من الروايات [۱] الوارده فى جواز إعطاء الصدقه و الكفاره للصبيان هو

صيرورتهما ملكا بمجرد القبض.

---

[۱] عن أبی بصیر، قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع): الرجل یموت و یترک العیال ا یعطون من الزکاه؟ قال: نعم. حسن بإبراهیم بن هاشم.

و عن أبی خدیجه، عن أبی عبد اللّه (ع) قال: ذریه الرجل المسلم إذا مات یعطون من الزکاه و الفطره کما کان یعطی أبوهم حتی یبلغوا. ضعیف بمعلی بن محمد. الکافی ج ۳ من ط ۲ ص ۵۴۸. و الوافی ج ۶ ص ۲۶.

و فی قرب الاسناد عن محمد بن الولید، عن یونس بن یعقوب، قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع) عیال المسلمین أعطیهم من الزکاه فاشتری لهم منها ثیابا و طعاما و اری ان ذلک خیر لهم؟ قال: فقال: لا بأس. موثق بابن الولید. قرب الاسناد ص ۲۴. و الوسائل باب ۷ من أبواب المستحقین للزکاه.

و عن البجلی، قال: قلت لأبی الحسن (ع) رجل مسلم مملوک، و مولاه رجل مسلم، و له مال یزکیه، و للمملوک ولد صغیر حر ا یجزی مولاه ان یعطی ابن عبده من الزکاه؟ فقال: لا بأس. مجهول بمحمد بن إسماعیل النیسابوری.

الوافی ج ۶ ص ۲۶. و الوسائل باب ۴۵ من أبواب المستحقین للزکاه.

و عن یونس بن عبد الرحمن، عن أبی الحسن (ع) قال: سألته عن رجل علیه کفاره عشره مساکین أ یعطی الصغار و الکبار سواء، و الرجال و النساء، أو یفضل الکبار علی الصغار، و الرجال علی النساء؟ فقال: کلهم سواء مجهول یب ج ۲ ص ۳۳۱. الوافی ج ۷ باب ۷۵ کفاره الیمین ص ۹۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۶

هل تنفذ وصیه الصبی؟

قد وقع الخلاف بین الأصحاب فی نفوذ أمر الصبی فی مواضیع شتی:

۱- الوصیه.

قال العلامه فی القواعد: یشترط فی الموصی البلوغ و العقل و الحریه، فلا تنفذ وصیه الصبی

و إن كان مميزا فى المعروف و غيره.

و هذا الرأى هو المحكى عن السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرهم.

و عن ظاهر التذكره و اللمعه و النافع و الدروس: التوقف.

و عن المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفايه و المفاتيح و أبى الصلاح و أبى على: أنه تجوز وصيه من بلغ عشرا مميزا فى البر و المعروف.

و هذا هو الحق، للروايات [١] الداله على أن الصبى إذا بلغ عشرا

---

[١] عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه، عن أبى عبد اللّه (ع) إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته. موثق بابان بن عثمان.

و عن أبى بصير، عن أبى عبد اللّه (ع): انه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته. صحيح.

و عن محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا عبد اللّه (ع) يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فاوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام، و لم تجز للغرباء صحيح.

الكافى ج ٧ من ط ٢ باب وصيه الغلام من كتاب الوصايا ص ٢٨. و الفقيه ج ۴ من طبعه النجف ص ١۴۵. و ج ٢ التهذيب ص ٣٨۴. و الوافى ج ١٣ ص ٢۵.

و عن زراره عن أبى جعفر (ع) قال: إذا اتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق و اوصى على حد معروف و حق فهو جائز. ضعيف-

تجوز وصيته. فتكون هذه الروايات مخصصه للروايات الداله على عدم نفوذ

أمر الصبى. و هذا ظاهر.

نعم فى صحه وصيته للغرباء إشكال، و ذلك من جهه التصريح بعدم نفوذها فى صحيحه محمد بن مسلم.

هل يتبع قول الصبى فى الاذن بدخول الدار؟

الثاني: ما ذكره العلامه فى التـذكره من أنه: (لو فتـح الصبى الباب، و أذن فى الـدخول عن إذن أهل الـدار، و أوصل الهـديه إلى إنسان عن إذن المهدى فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه).

و لكن لاـ وجه لاسـتثناء هـذين الأـمرين من الأـدله المـانعه عن نفوذ أمر الصبى أمـا الأول فلأن جواز الـدخول فى الـدار مع إذن الصبى من جهه حصول الاطمئنان به نوعا، فلا صله له باعتبار قول الصبى فى ذلك. و الشاهد

- بموسى بن بكر. نفس المصادر غير التهذيب.

و عن منصور بن حازم عن ابى عبد اللّه (ع) قال: سألته عن وصـيه الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشـر سـنين جازت وصيته. مجهول بعلى بن محمد بن الزبير.

و عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم. مجهول بابن الزبير. و رواه فى الكافى فى باب طلاق الصبيان ج ۶ من ط ۲ ص ۱۲۴ بسندين آخرين: أحدهما ضعيف و الآخر موثق.

و عن أبى بصـير و أبى أيوب عن أبى عبـد اللّه (ع) فى الغلاـم ابن عشـر سـنين يوصـى؟ قـال: إذا أصـاب موضع الوصـيه جـازت مجهول بابن الزبير التهذيب ص ۳۸۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۶۸

على هـذا انه: لو أذن البالغ فى ذلك و لم يحصل منه الاطمئنان به حرم الـدخول فيها أما الثانى فلأن إيصال الهـديه الى المهـدى اليه لا ربط له- أيضا- بما نحن فيه، فان الصبى آله فى إيصالها إليه، كايصال الهديه الى

المهدی الیه بواسطه حیوان معلم.

و علی الإجمال: أن أمثال هذه الموارد خارجه عن العمومات المانعه عن نفوذ أمر الصبی خروجا تخصیصا لا تخصیصیا.

هل تنفذ معاملات الصبی فی المحقرات؟

الثالث: ما عن صاحب المفاتیح، و إلیک نصه: (الأظهر جواز بیعه و شرائه فیما جرت العاده به منه فی الشی ء الدون دفعا للحرج فی بعض الأحیان) [۱] و قال المحقق التستری بعد نقل هذه العباره: و یمکن أن یستأنس لذلک- مضافا الی السیره المستمره و قضاء الحاجه و الضروره فی کل من المعامله و دفع العوض و أخذه منه- بما رواه الشیخ فی الموثق کالصحیح عن عبید بن زراره قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده الصبی و المملوک فقال: علی قدرها یوم اشهد تجوز فی الأمر الدون، و لا تجوز فی الأمر الکثیر «۲».

---

[۱] فی فقه المذاهب ج ۲ ص ۱۶۰: اما الصبی الممیز ینعقد بیعه و لکن لا ینفذ إلا بإذن الولی.

و عن الحنابله: انه یصح بیع الصبی و شراؤه للشی ء الیسیر و لو کان دون التمیز و لو لم یأذنه ولیه، لما روی من ان أبا الدرداء اشتری عصفورا من صبی فأرسله.

و عن الشافعیه: انه لا ینعقد بیع الصبی سواء کان ممیزا أو غیر ممیز.

---

(۲) التهذیب ج ۲ باب البینات ص ۷۷. و الوافی ج ۹ ص ۱۴۵.

و الجواب عن ذلک: أن استقرار السیره علی معاملات الصبی فی الأمور الحقیره و إن کان غیر قابل للإنکار، و لکنه لا یکشف عن نفوذ معاملاتهم فی ذلک استقلالا، بل إنما هو من جهه ما ذکرناه فی البیع المعاطاتی من جریان المعاطاه بین الناس فی المحقرات بوضع الثمن فی الموضع المعد له و أخذ

المتاع بإزائه و مثلنا لـذلك بأمثله فراجع. و مقامنا من القبيل المذكور، و إذن فلا وجه لجعل ذلك من المسـتثنيات من عدم نفوذ أمر الصبى، إذ لا صله بينهما بوجه.

و أما الروايه المـذكوره فهى غريبه عما نحن فيه، و إنما هى راجعه الى باب الشـهاده و من الظاهر أنه لا ملازمه بين قبول شـهادته فى المحقرات و بين نفوذ معاملاته فيها.

و لو سلمنا قيام السيره على نفوذ معاملات الصبى فى الأمور اليسيره، و سلمنا دلاله الروايه على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانعه عن معاملات الصبى.

و من هنا لا ينقضى العجب من المحقق التسترى حيث قال بعد كلامه المتقدم:

(و هذا القول لا يخلو عن قوه إلا أن الأصـحاب تركوا العمل بالخبر، و أما السـيره و الضروره فالتمسك بها فى مقابل إطلاق الآيه و الروايه و فتوى الإماميه و غيرهم خروج عن جاده الصواب، و عدول عن طريق الاحتياط).

و الحاصـل: أنه إن كـان المراد من السـيره هـو السـيره العقلاـئيه فهى مردوعه بالروايـات الـداله على عـدم نفوذ أمر الصـبى. و قد تقـدمت هـذه الروايـات سابقـا، و إن كـان المراد بها هو السـيره الشـرعيه فهى قائمه على كون الصبى آله لا على صـحه معاملاته الصادره منه استقلالا و لا أقل من الشك فى ذلك.

و إذن فلا وجه لنا للحكم بصحه معاملات الصبى و لو فى الأمور المحقره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۰

و ربما يسـتدل على نفوذ معاملات الصبى مطلقا أو فى المحقرات بروايه السـكونى عن الصادق عليه السـلام قال: نهى رسول اللّه (ص) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمه قد عرفت بصنعه يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا

يحسن صناعه بيده، فإنه ان لم يجد سرق «١».

و وجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهى فى الروايه هو النهى التنزيهى، فيدل على نفوذ معاملات الصبى لا على فسادها.

و الشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبى فاسده لما حصل النقل و الانتقال بينه و بين غيره. و كان التصرف فيما بيده تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، و عليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقه من الصبى لأن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الروايه ضعيفه السند بالنوفلى، و غير منجبره بشى ء، فلا يمكن الاستناد إليها فى الأحكام الشرعيه.

و يضاف الى ذلك: أن المراد من كلمه (كسب) المضافه إلى كلمه (الغلام) فى الروايه إما المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر و على الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف: أعنى به مباشره الصبى التجاره عند احتياج وليه الى ذلك، إلا أن هذه المباشره ليست مباشره استقلاليه، بل مباشره تبعيه، و أن الصبى- وقتئذ- بمنزله الآله لوليه فى إيجاد المعامله بينه و بين المشترى. و قد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيرا، الا أن الامام عليه السلام قد نهى عنه تنزيها معللا بأنه إذا لم يحصل من تجارته شى ء سرق خوفا من وليه.

---

(١) المرويه فى الوسائل فى باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

و القرينه على هذه الدعوى: قوله (عليه السلام) فى صدر الروايه: نهى رسول اللّه (ص) عن كسب الإماء، فإنها ان لم تجد زنت، مع انه لا شبهه فى نفوذ كسب الأمه بإذن مولاها.

و يؤيد ما ذكرناه: أن النبى (ص)

قد قيد النهى عن كسب الأمه و الغلام بعدم معرفتهما صناعه اليد، فإنه مع العلم بذلك لا يقع الصبى على السرقه، و لا أن الأمه تقع على الزناء، لأنه- وقتئذ- ينتفى ما يوجب السرقه و الزناء: أعنى به الفقر، ضروره أنهما متمكنان من تحصيل المال.

و على الثانى فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط، أو الاستعطاء، أو الحيازه من المباحات الأصليه، كما أن المراد من كسب الأمه على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكوره.

و عليه فحكمه النهى عن كسب الغلام صيانته عن الاستراق من الناس كما أن حكمه النهى عن كسب الأمه محافظتها عن الفجور.

و حينئذ فلا دلاله فى تلك الروايه على نفوذ معاملات الصبى.

هل يصح طلاق الصبى المميز؟

الرابع: طلاق الصبى المميز.

قد وقع الخلاف فى ذلك بين الخاصه و العامه [۱].

---

[۱] يشترط فى المطلق ان يكون بالغا، فلا يقع طلاق الصغير الذى لم يبلغ و لو مراهقا مميزا، و لا يحسب عليه طلاقه حال الصغر مطلقا و لو كبر.

نعم الحنابله قالوا: يقع طلاق المميز الذى يعرف معنى الطلاق و ما يترتب عليه من تحريم زوجته و لو كان دون عشر سنين، و يصح ان يوكل غيره بأن يطلق عنه، كما يصح للغير ان يوكله فى الطلاق. فقه المذاهب ج ۴ ص ۲۸۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۲

فذهب جمع من أصحابنا القدماء و المتأخرين إلى صحته.

و ذهب المشهور من متأخريهم إلى فساده.

و منشأ الخلاف فى ذلك انما هو اختلاف الروايات.

و قد يقال: إن جمله منها تدل على نفوذ طلاقه، و جمله أخرى منها تدل على عدم نفوذه، و بعد تعارض كلتا الطائفتين و تساقطهما يرجع الى العمومات الداله على عدم نفوذ أمر الصبى حتى

يحتلم.

و التحقيق: أن الذى ظهر لى من النظر فى الروايات أن الأخبار الوارده فى طلاق الصبى على أربعه أنحاء:

منها ما دل [۱] على نفوذ طلاق الصبى.

و منها ما دل [۲] على عدم نفوذه.

---

[۱] عن سماعه قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال:

إذا طلق للسنه و وضع الصدقه فى موضعها و حقها فلا بأس و هو جائز. موثق بسماعه و غيره. الفقيه ج ۳ من طبعه النجف باب طلاق الغلام ص ۳۲۵. و الكافى باب طلاق الصبيان ج ۶ من ط ۲ ص ۱۲۴. و التهذيب ج ۲ ص ۲۷۰.

[۲] عن أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبد اللّٰه (ع) قال: ليس طلاق الصبى بشى ء. صحيح.

و عن أبى بصير، عن أبى عبد اللّٰه (ع) قال: لا يجوز طلاق الصبى، و لا السكران موثق بابن سماعه و غيره. الكافى ج ۶ من ط ۲ باب طلاق الصبيان ص ۱۲۴.

و عن زكريا بن آدم، قال: سألت الرضا (ع) عن طلاق السكران و الصبى و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج بعد؟ فقال: لا يجوز. مجهول بمحمد ابن سهل. الوافى ج ۱۲ باب طلاق الصبى ص ۱۶۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۳

و منها ما دل [۱] على نفوذه إذا عقل.

و منها ما دل [۲] على نفوذه إذا بلغ عشر سنين.

و حيث لا يحتمل أن يكون طلاق من بلغ عشرا و لم يعقل صحيحا فلا بد من تقييد ما دل على نفوذ طلاق الصبى إذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشرا و بذلك يقيد ما دل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشرا، و عليه فيرتفع التعارض.

و لو سلمنا التعارض،

و لكن لا بد من تقديم روايات النفوذ، لأنها مخالفه لأكثر العامه.

---

[۱] عن ابن بكير عن ابى عبد اللّه (ع) قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. موثق بابن بكير. فروع الكافى ج ۶ من ط ۲ باب طلاق الصبيان ص ۱۲۴. و الوافى ج ۱۲ باب ۱۷۵ طلاق الصبى ص ۱۶۶.

[۲] عن ابن أبى عمير عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه (ع) قال: يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين. مرسل. فروع الكافى ج ۶ من ط ۲ ص ۱۲۴. و الوافى ج ۱۲ ص ۱۶۶.

و عن محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، و محمد بن الحسين جميعا عن ابن فضال، عن ابن بكير عن أبى عبد اللّه (ع) قال: يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين. موثق بابن بكير. التهذيب ج ۲ باب طلاق الصبى ص ۲۷۰. و الوسائل باب ۳۱ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

قال سيدنا الأستاذ: إن هذه الروايه و إن كانت غير موجوده فى نسخه الكافى، إلا انه يحتمل ان يكون السقط من النساخ، و قد أخرجها الشيخ، و صاحب الوسائل من النسخه التى كانت هى موجوده فيها. و لكن الظاهر ان هذه هى روايه ابن أبى عمير المتقدمه و ان هذا السند لحديث آخر المذكور قبلها، و كأن السقط من النساخ، كما يظهر من ملاحظه الكافى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۴

ثم انه يظهر من روايتى السراد و الكناسى [۱] أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين إذا أقر بذلك و أمضاه بعد البلوغ.

و لكن لا يمكن العمل بهما:

أما روايه السراد فهى روايه

الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل، و هو لم يثبت توثيقه من القدماء، نعم وثقه العلامه فى رجاله، إلا انه اجتهاد منه و هذا ظاهر.

أضف الى ذلک: أنها مخالفه للإجماع القطعى، فإن الفقهاء بين قائل بالصحه، و بين قائل بالفساد، و اذن فلا واسطه بينهما.

---

[۱] الحسن بن محبوب السراد، عن ابن رئاب، عن ابن مسكان، عن الحلبى قال: قلت لأبى عبد اللّٰه (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره، ا يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: اما التزويج فصحيح، و اما طلاقه فينبغى ان تحبس عليه امرأته حتى يدرک فيعلم انه كان قد طلق فإن أقر بذلک و أمضاه فهى واحده بائنه و هو خاطب من الخطاب، و إن أنكر ذلک و ابى ان يمضيه فهى امرأته. الحديث. الوافى ج ۱۲ باب ۱۷۵ طلاق الصبى ص ۱۶۶.

و عن يزيد الكناسى، عن أبى جعفر (ع)- فى حديث تزويج الأب ابنته أو ابنه- قال: قلت له: جعلت فداک فان طلقها فى تلک الحال و لم يكن أدرک أ يجوز طلاقه؟ قال إن كان مسها فى الفرج فان طلاقه جائز عليها و عليه و إن لم يمسها فى الفرج و لم يلذ منها و لم تلذ منه فإنها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقربه حتى يدرک النساء، فيسأل و يقال إنک كنت طلقت امرأتک- فلانه فإن هو أقر بذلک و أجاز الطلاق كانت مطلقه بائنه و كان خاطبا من الخطاب التهذيب ج ۲ باب أولياء الصبيان ص ۲۲۲. و الوافى ج ۱۲ ص ۶۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۵

أما روايه الكناسى المفصله بين الدخول و عدمه فهى-

مع أنها أيضا لا قائل بمضمونها- ضعيفه السند، لأن الكناسى لم يثبت توثيقه.

هل يعتبر فى صحه العقد القصد الى مدلوله؟

قوله:

(مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به).

اشاره

أقول: قد اتفقت كلمات الأصحاب رضوان اللّه عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقهيه إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف- هنا- من أحد. بل فى التذكره ادعى الإجماع على ذلك.

و لا يخفى عليك: أن الفقهاء و إن أصابوا فى أصل اعتبار القصد فى العقد، إلا انهم قد أخطأوا فى أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل انما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد.

و توضيح ذلك إجمالا: أنا ذكرنا فى المباحث السابقه أن البيع- مثلا- ليس عباره عن الإنشاء الساذج. سواء أ كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ- كما هو المعروف بين الأصوليين و غيرهم- أم كان عباره عن إظهار أمر نفسانى بمبرز- كما هو المختار عندنا.

و لا- أن البيع عباره عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون إظهاره فى الخارج بمبرز، و إلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكيه ماله لشخص آخر بإزاء الثمن و إن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجى و لا ريب أن كل ذلك بديهى البطلان.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧۶

بل حقيقه البيع عباره عن الاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى، سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و سواء أ كان فى العالم شرع و عرف أم لا و هكذا الكلام فى سائر الأمور الإنشائيه برمتها من العقود و الإيقاعات و الأوامر و النواهى و غيرها، و إذن فلا يوجد أى عقد أو إيقاع إلا- بالقصد الذى هو فعل نفسانى مع إظهاره بمبرز خارجى، و إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه.

أما

ما أفاده صاحب المسالک من عدم تحقق القصد فی العقد الصادر من المکره أو الفضولی فسیأتی فساده فی أول بیع المکروه.

هل یعتبر تعیین المالک فی صحه البیع؟

اشاره

هل یعتبر فی صحه البیع تعیین المالک، و هل یلزم ذلک علی المتبایعین؟

تاره یقع الکلام فی المعامله بالأعیان الشخصیه، و اخری فی المعامله بالأمور الکلیه: بأن یکون المبیع أو الثمن کلیا.

أما الجهه الأولی [المعامله بالأعیان الشخصیه]

فلا شبهه فی أن تعیین المالک لیس من مقومات البیع و لا من شرائطه، بداهه أن البیع اعتبار تبدیل شی ء بشی ء فی أفق النفس و إظهاره بمبرز خارجی من اللفظ و غیره. و لا ریب فی أن هذا المعنی یتحقق بدخول العوض فی ملک من خرج عن ملکه المعوض و بالعکس، بلا احتیاج الی تعیین مالک الثمن، أو تعیین مالک المثمن، و لم یقم دلیل تعبدی علی ذلک.

و لا یفرق فیما ذکرناه بین صدور العقد من نفس المالکین و بین صدوره من غیرهما- کالوکیل و الولی و الفضولی- و علی هذا الضوء فالقصد الی العوض و تعیینه یغنی عن القصد الی المالک و تعیینه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۷

نعم یعتبر فی مفهوم البیع قصد المتبایعین دخول العوض فی ملک من خرج المعوض عن ملکه و بالعکس، و الا فلا یصدق علیه البیع، ضروره أنه لیس الا تبدیل شی ء بشی ء فی جهه الإضافه، و علیه فلو اشترط علی البائع دخول الثمن فی ملک الأجنبی أو اشترط علی المشتری دخول المبیع فی ملک غیره کان ذلک موجبا لبطلان المعامله. لکونه علی خلاف مقتضی العقد.

نعم لو کان ذلک من قبیل الفوائد المترتبه علی العقد لما کان الاشتراط، أو القصد المزبورین من الأمور اللاغیه.

و مثال ذلک أن یشتری أحد من الخباز خبزا و یشترط علیه أن یعطیه للفقیر، أو یتصدی هو بنفسه الإعطاء له، فان الخبز یدخل فی ملک المشتری بالشراء و ان کان ینتقل بعد ذلک

الى الفقير بهبه و نحوها.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه من عـدم اعتبار تعيين من يقع له العقد فى صـحه البيع انما يجرى فى كل عقد لا يكون القصـد الى المالـك ركنـا من أركـان العقـد، و الا يبطل العقـد بعرائه عن ذلك. كالزوجين فى عقـد الزواج، فإنهما بمنزله العوضـين فى البيع، ضـروره عـدم حصول الغرض بصـيروره المرأه زوجـا لرجـل مبهم. و عـدم صـيروره الرجـل زوجا لامرأه مبهمه. و كـذلك الموقوف عليه و الموهوب له و الموصـى له و الوكيل، فإنهم من الأركان فى الوقف و الهبه و الوصـيه و الوكاله، فلا ينعقد شى ء منها بدون القصد إلى هؤلاء و من غير تعيينهم

أما الجهه الثانيه [المعامله بالأمور الكليه]

فـالكلى بمـا هو كلى لاـ يمكن بيعه فى مقـام الثبوت إلا بإضافته إلى ذمه خاصه من الـذمم، إذ البيع- كما عرفته عنـد البحث عن تعريف البيع- تبـديل شـى ء بشـى ء فى جهه الإضـافه. و من البين الـذى لاـ ريب فيه أن الكلى بما هو كلى غير مضاف الى أحد لكى يكون تبديله بشى ء من قبيل تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٨

أضف الى ذلـك أن الكلى ما لم يضف إلى ذمه شـخص لا يكون مالا، و لا ملكا، و اذن فلا تقع المبادله بين المالين. و لا يقاس ذلـك بطلاـق زوج من الأـزواج. أو بعتـاق مملـوك من المماليـك، لصـحه تعلـق الطلاـق و العتـق بالجـامع و هـو عنوان احـدى الزوجات، أو أحد العبيد، و عليه فيستخرج الواقع بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبه. هذا كله فى مقام الثبوت.

أما فى مقام الإثبات فلا ريب فى إضافه الكلى إلى البائع و انتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغه بعت، لانصراف الإطلاق إلى

المنشئ انصرافا عقلائيا لأن فعل كل فاعل ينسب اليه، و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينه حاليه أو مقاليه على خلافه.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت و الإثبات فى كلام شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و أما إذا كان أحدهما كليا فان كان الشخصى ملك شخصه وجب تعيين من يقع الكلى فى ذمته، و اما لو انعكس فلا يجب التعيين، و ذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلى بذمه نفسه، لأن ذمه الغير يحتاج الى التعيين، و الا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان وكيلا عن الغير).

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟

اشاره

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد إثباتا بناء على اعتبار قصده ثبوتا بأن يكون البائع عالما بمن يقع الشراء له و المشترى عالما بالبائع؟.

يقع البحث هنا فى جهات شتى، و قد تعرض المصنف لبعضها و أغفل التعرض لبعضها الآخر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۷۹

الجهه الاولى: فى أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدين، و لم يتعين فى مقام العقد للآخر

فالظاهر أن يحكم بصحه العقد، لأن قصد المالك لبا و ان كان ركنا فى العقد، كما هو المفروض، و لكن تعيينه للطرف فى المعامله ليس بركن فيه، لحصول الغرض الأقصى مع إبهامه- أيضا- فى مقام الإثبات و عليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل، و يخاطبه بقوله: بعتك منا من الحنطه بلا تصريح باسم من تكون الحنطه فى ذمته، و انما يصرح باسمه بعد تماميه العقد.

أو يقول: وهبت هذا المال لمن قصدته، ثم يبين الموهوب له.

أو يقول: زوجتك المرأه المعهوده عندى، و يعينها بعد تماميه عقد الزواج. و هكذا الكلام فى ناحيه القبول.

و الوجه فى ذلك هو أن حقيقه البيع عباره عن اعتبار التبديل بين شيئين و حقيقه الهبه عباره عن اعتبار ملكيه العين الموهوبه للمتهب، و حقيقه الزواج عباره عن اعتبار عدليه أحد الزوجين للآخر، و لا شبهه فى تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكوره، و لا يعتبر فيها معرفه الموجب لمن هو مقصود القابل و لا معرفه القابل لمن هو مقصود الموجب، بديهه أن خصوصيات الأشخاص و ان كانت دخيلا فى الأغراض الشخصيه، و لكنها غير دخيل فى حقيقه العقود، و لا فى صحتها.

الجهه الثانيه: أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد القابل وقوعه لغيره،

و الظاهر أنه لا ريب فی بطلان ذلک، لأن ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول، و ما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب، سواء فی ذلک أن يكون من له العقد ركنا فيه- كالنكاح و ما حذا حذوه، و ما لم يكن كذلک كالبيع و ما تلا تلوه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۰

و السر فی ذلک ما عرفته قريبا من أن العقود عباره عن الاعتبار النفسانی المقرون بالمظهر الخارجی من اللفظ و غيره، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقه

العقد.

ثم لا يخفى عليك: أن البحث فى هذه الجهه من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، و قد تقدم فى محله أنه إذا لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعه للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقده بين المتعاقدين بل يكون- هنا- أمران لا يتصل أحدهما بالآخر.

الجهه الثالثه: هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلک

أو إسناد الإيجاب إلى نفسه فى ظاهر الكلام و قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلک، للمسأله صور.

الاولى: ان يعلم من الخارج عدم اراده خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال فى غالب البيوع و الإجارات و نحوها، ففى مثل ذلک لا- يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعا، فلو قال بعتک هذه الدار بكذا ثم انكشف ان المشترى كان وكيلا لم يضر ذلک بالتطابق و بصحه العقد.

الثانيه: ان يعلم من الخارج اراده خصوص المخاطب، كما فى النكاح و الوقف و الوصيه و نحوها، ففى مثلها لا بد من اعتبار ذلک، فلو قال زوجتک فلانه و قبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال، لعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول الثالثه: ان لا يعلم من الخارج لا- إراده الخصوصيه، و لا إراده عدمها، فالظاهر فى هذه الصوره أنه لا بد من الاعتبار، كما اختاره المصنف قدس سره و ذلک لعدم إحراز التطابق المعتبر فى صحه العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصا آخر مع عدم اعلام ذلک لطرف العقد، فإذا لم يعلم ان الموجب- مثلا- قصد تمليک ماله للأعم من المخاطب و غيره لم يجز للمخاطب قبول التمليک لغيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۱

بحث فى عقد المكره

قوله:

(مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار).

اشاره

أقول: الفارق بين هذه المسأله و المسأله السابقه هو أن الكلام- هناک- مسوق لاعتبار قصد المعنى فى العقود، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفا.

بخلاف المقام، فان البحث- هنا- فى لزوم كون القصد ناشئا من الاختيار و إذن فالمسألتان متغايرتان.

ثم إن المراد من الاختيار الذى نبحث عن اعتباره فى العقد- هنا- هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء و طيب

النفس مقابل الكراهه و عدم الرضاء لا الاختيار مقابل الجبر و الإلجاء، و إلا لكان عقد المكره خارجا عن العقد موضوعا، لخلوه عن القصد المعتبر فی حقيقه العقد.

ثم إنه قد جرت عاده الفقهاء على البحث عن عقد المكره فی كتاب الطلاق و لعله لورود الروايات الكثيره على بطلان طلاق المكره. و إلا فلا اختصاص لذلک بالطلاق.

إذا عرفت ذلک فاعلم: أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامه فلا يصح بيع المكره [١].

---

[١] الحنابله- قالوا: يشترط فی البيع ان يكون العاقدان مختارين ظاهرا و باطنا، فإذا كانا مختارين فی الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فرارا من ظالم يريد اغتصابها. فان هذا البيع يقع باطلا، و لا ينعقد، لأنهما و إن تعاقدا باختيارهما ظاهرا، و لكنهما فی الباطن لا يريدان هذا البيع، و يسمى-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و لإطلاقه [١] على تفصيل فی المذاهب.

- بيع التلجئه و الأمان.

اما إذا باع شيئا فرارا من ظالم و نحوه من غير ان يتفق مع المشترى على ان هذا بيع تلجئه و امانه فان البيع يقع صحيحا، لأنه صدر من غير إكراه فی هذه الحاله.

الحنفيه- قالوا: إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد، لأن القاعده عندهم فی المكره ان كل ما يكره على النطق به ينعقد. فإذا أكرهه ظالم على بيع ملكه، فان البيع ينعقد فاسدا، و يملكه المشترى ملكا فاسدا و للمكره ان يجيز البيع بعد زوال إكراهه، و له ان يسترد العين حيث وجدها.

الشافعيه- قالوا: بيع المكره لا ينعقد رأسا إلا إذا قصد إيقاع العقد و نواه حال الإكراه، فإنه فی هذه الحاله لا يكون مكرها.

المالكيه- قالوا: الإكراه الذى يمنع نفاذ البيع

هو الإكراه بغير حق فقه المذاهب ج ۲ ص ۱۶۱.

[۱] الحنفيه- قالوا: طلاق المكره يقع خلافا للأئمه الثلاثه، فلو اكره شخص آخر على تطليق زوجته بالضرب أو السجن أو أخذ المال وقع طلاقه.

المالكيه- قالوا: لا يقع الطلاق على المكره. حتى لو أكره أن يطلق طلقه واحده فأوقع أكثر فإنه لا يلزمه شى ء، لأن المكره لا يملك نفسه كالمجنون الشافعيه- قالوا: طلاق المكره لا يقع بشروط: أحدها ان يهدده بالإيذاء شخص قادر على تنفيذ ما هدده به عاجلا.

ثانيها: ان يعجز المكره عن دفعه بهرب أو استغاثه بمن يقدر على دفع الإيذاء عنه.

ثالثها: ان يظن المكره انه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الإيذاء الذى هددوه به-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۳

هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره فى المسالك من أن المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ، لا إلى مدلوله. و قد أشرنا إليه فى مطلع المسأله السابقه. و وعدنا لك- هناك- التعرض له فى هذه المسأله- و هنا- موعده.

و ربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامه- أيضا- فى التحرير من أنه لو اكره الزوج على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوعه، إذ لا إكراه على القصد.

و لكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار، فان الظاهر من العلامه هو التفصيل فى المكره بالفتح بين المتمكن من التوريه، و بين غير المتمكن منها بأنه إن كان

- رابعها: ان يكون الإكراه بحق، فإذا أكره على الطلاق بحق فإنه يقع.

خامسها: ان لا يظهر من المكره نوع اختيار، كما إذا أكره على ان يطلقها ثلاثا فطلق واحده.

سادسها: ان لا ينوى الطلاق، فان نواه فى قلبه وقع، أما التوريه فإنها غير لازمه.

الحنابله- قالوا: طلاق المكره لا يقع

بشروط: أحدها ان يكون بغير حق ثانيها: ان يكون الإكراه بما يؤلم. ثالثها: ان يكون المهدد قادرا على فعل ما هدد به. رابعها: ان يغلب على ظن المكره انه ان لم يطلق يقع به الإيذاء.

خامسها: ان يكون عاجزا عن دفعه، و عن الهرب منه. فقه المذاهب ج ۴ ص ۲۸۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۴

الزوج قادرا على التوريه و طلق زوجته من غير أن يورى فى إنشائه فيحكم بصحه طلاقه، و إن لم يكن قادرا عليها و طلق زوجته- وقتئذ- فيحكم بفساد طلاقه. و من البيّن أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثانى فى المسالك.

و كيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوها فى توجيه ما فى المسالك و نقتطف منها ما يلى:

۱- أن الصادر من المكره و الفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا توجه إلى معناه. أما المكره فلأنه لا يقصد وقوع النقل و الانتقال خارجا. و إنما غرضه الإنشاء الساذج دفعا للخوف المتوعد عليه من ناحيه الجائر.

أما الفضولى فلأنه يعلم جزما عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن إمضاء المالك، و عليه فيكون إنشاؤه خاليا عن قصد المعنى.

أما ما ذكر فى المكره فيتوجه عليه: أن عقد المكره كسائر أفعاله التكوينيه الصادره منه كرها، كالأكل و الشرب و القيام و القعود و نحوها، و لا نظن أن يتفوه أحد بصدورها من المكره بغير قصد. و كذلك العقد.

غايه الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء و طيب النفس.

على أن المكره لا يقدر غالبا على قصد خصوص اللفظ دون المعنى، لعدم الالتفات اليه.

و يضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقه العقد، لما عرفته فى المسأله السابقه من استحاله

تحقق العقد بدون القصد، و معه لا مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه. لأن موضوع البحث فى عقد المكره إنما هو العقد الجامع للشرائط غير الرضاء بالعقد. و لأجل ذلک يحكم عليه بالصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۵

إذا لحق به الرضاء و إذا كان خاليا عن القصد لم يكن قابلا للحكم عليه بالصحه أبدا لأنک عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد و إذا تحقق فى الخارج ما ليس بعقد لم يكن ذلک عقدا بالرضاء المتعقب- أيضا- لأن الشی ء لا ينقلب عما هو عليه. مع أن المشهور حكموا بصحه عقد المكره بالرضاء المتعقب.

نعم قد يتعلق قصد المكره بخصوص اللفظ كما فى التوريه. و لكنه خارج عن مورد البحث.

أما ما ذكر فى الفضولی فيتوجه عليه: أن عقد الفضولی- أيضا- مقترن بالقصد و إلا لأستحال تأثيره بالإجازه- أيضا- على ما عرفته قريبا.

و مع الإغضاء عن ذلک: أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد انما يتم فى غير الفضولی المعتقد لمالكيه نفسه، أما فيما إذا اعتقد الفضولی أنه مالک فلا شبهه فى حصول القصد الى المعنى.

و على الجمله فلا إشكال فى تحقق القصد فى المكره و الفضولی كتحققه فى غيرهما.

۲- ما ذكره المصنف و هذا نصه:

(المراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج. و أن الداعی له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا أن كلامه الإنشائی مجرد عن المدلول).

و يرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفسانی فهو بديهی البطلان، لما عرفته قريبا من تحقق القصد فى المكره. و أن عقده من هذه الناحيه كسائر العقود

الصادره من المختارين.

و ان كان مراده من ذلك هو عدم القصد إلى إمضاء الشارع و حكمه بصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۶

العقد، لكى يترتب عليه الأثر. بل قصده إلى الحصه الفاسده.

فيتوجه عليه أولا: أن هذا أخص من المدعى، لأن المكره قد لا يلتفت الى فساد العقد شرعا. بل يتخيل صحته. و عليه فهو قاصد لترتب الأثر الشرعى أيضا.

ثانيا: أن ذلك لا يضر بصحه العقد، فان قوام البيع- كما ذكرناه- انما هو باعتبار المبادله بين المالين فى أفق النفس، و إظهاره فى الخارج بمظهر- سواء أ أمضاه الشارع، أم لم يمضه و سواء أ التفت المنشئ الى ذلك أم لم يلتفت اليه.

و على الجمله: ان الأحكام الشرعيه المترتبه على العقود و الإيقاعات خارجه عن حقيقتها.

و لأجل ذلك لو أنشأ عقدا فاسدا باعتقاده- كما إذا تعامل مع أبيه معامله ربويه، ثم انكشف جواز ذلك- لم يحكم بفساده، و اذن فلا أثر لقصد الإمضاء الشرعى و عدمه.

۳- ما ذكره شيخنا الأستاذ من (أن المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كل منشئ من رضائه بوقوع المدلول فى الخارج، كما أن الفضولى لم يقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه).

و بتعبير آخر: ان ظاهر كلام العاقد هو وقوع إنشائه بالرضاء و طيب النفس، و أن ما أنشأه من العقد مستند الى نفسه. و لكن الأول منفى فى المكره و الثانى منفى فى الفضولى، لأنهما لم يقصدا ذلك.

و يرد عليه أولا: أن هذا أخص من المدعى، فان هذا لو سلم فإنما يسلم مع عدم التفات الناس الى حال المكره و الفضولى و الا لم يكن القصد مخالفا لظهور كلامه ثانيا: أن عدم ظهور عقد المكره فى طيب

نفسه، و عدم ظهور عقد الفضولی فی البیع لنفسه أجنبیان عن قصد العاقد للفظ دون معناه.

و علی الجمله إنه: لم یتحصل لنا معنی معقول من کلام الشهید من أن المکره و الفضولی قاصدان إلی اللفظ دون مدلوله. و هو (ره) أعرف بمقاله.

و قد ظهر لک مما تلوناه علیک: فساد ما ذکره النراقی فی المستند من أن الوجه فی بطلان البیع الإکراهی هو عدم وجود ما یدل علی قصد البیع، حیث ان اجراء الصیغه مع الإکراه غیر کاشف عن القصد، فلا یکون من البیع العرفی، لأنه یعتبر فیه أن یکون- هناک- کاشف عن کونه مریدا لنقل الملک و کونه مکرها قرینه علی عدم اراده ظاهر اللفظ.

ما استدل به علی بطلان بیع المکره

اشاره

قد ظهر لک من مطاوی ما ذکرناه: أن مقتضی القاعده هو صحه بیع المکره فإنه عقد عرفی فیشمله ما دل علی وجوب الوفاء بالعقد. و لکن استدل علی فساده بوجوه و هی ما یلی:

الوجه الأول: الإجماع.

و یرد علیه: أن الإجماع و إن کان مسلما و لکنا لا نطمئن بکونه إجماعا تعبدیا، إذ من المحتمل القریب أن یکون مدرک المجمعین الوجوه الآتیه.

الوجه الثانی: قوله تعالی لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ «۱»

و قد ذکرنا فی المباحث السالفه أن دخول الباء المفیده للسببیه فی کلمه الباطل، و مقابلتها فی الآیه مع التجاره عن تراض قرینتان علی أن الآیه الشریفه فی مقام تمییز الأسباب الصحیحه عن الأسباب الفاسده.

ثم إن المراد من الأکل فی الآیه المبارکه لیس هو الازدراد- علی ما هو

---

(۱) سوره النساء الآیه: ۲۹.

معناه الحقیقی- و إنما هو کنایه عن تملک مال الناس من غیر استحقاق شرعی.

سواء أ کان المال المزبور من المأکولات أم کان من غیرها. و قد تعارف استعمال کلمه الأکل فی التملک فی الکتاب الکریم و فی کلمات الفصحاء. بل و فی غیر العربیه أیضا. و من ذلک قوله تعالی وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ «۱».

ثم إن الاستثناء فی الآیه المبارکه سواء أ کان متصلا- کما هو الظاهر- أم کان منقطعا یفید حصر الأسباب الصحیحه للمعاملات بالتجاره عن تراض:

أما علی الأول فواضح.

و أما علی الثانی فلأن الاستثناء المنفصل و ان کان لا یفید الحصر بنفسه و لکن اللّه تعالی حیث کان فی مقام بیان الأسباب المشروعه للمعاملات- و فصل صحیحها عن فاسدها، و کان الإهمال مخلا بالمقصود- فلا محاله یستفاد الحصر من الآیه بالقرینه المقامیه.

و نتیجه ما ذکرناه حول الآیه الکریمه: أنه لا یجوز تملک أموال الناس بسبب من أسباب المعاملات إلا أن یکون السبب المملک هو التجاره عن تراض و من الواضح الذی لا ریب

فیه أن بیع المکره لا یعد من التجاره عن تراض، فیکون فاسدا.

ثم لاـ یخفی علی الفطن العـارف: أن المراد من الرضاء المـذکور فی الآیه المتقـدمه هو طیب النفس، لا الرضاء بمعنی القصـد و الإراده، أو الملازم لهما، فان ما هو شـرط لصـحه التجاره هو الأول. أما الثانی فإنه مقوم للعقـد، فقد عرفت أن اللّه تعالی فی مقام بیان المیز بین السـبب الصـحیح و السـبب الباطل للمعاملات. و مع عدم تحقق العقد لا یبقی مجال لتقسیم أسباب المعاملات إلی الصحیح و الفاسد.

---

(۱) سوره البقره الآیه: ۱۸۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۲۸۹

أضف الی ذلک: أن العقـد من الأمور القصدیه المظهره بمظهر خارجی فلا یعقل صدوره من غیر القاصد. و علیه فلو کان المراد من الرضاء فی الآیه القصـد و الإراده، أو ما یلازمهما لکان ذکره فیها مسـتدرکا. لأن کلمه التجاره المـذکوره فیها تغنی عن ذکر کلمه الرضـاء. تعـالی کلاـمه سـبحانه عن ذلـک علوا کبیرا. و علیه فـالمراد من الرضـاء فی الآیه الشـریفه انما هو طیب النفس، لا القصد و الإراده.

و یحسن بنا توضـیح ذلک إجمالا فنقول: ان الأفعال الاختیاریه الصادره من الأشـخاص المختارین انما تسـتند الی مقدمات طولیه کلها موجوده فی أفق النفس: منها التصور. و منها التصـدیق بالفائـده. و منها المیل، و منها الشوق المؤکد المعبر عنه غالبا بالإراده التی هی تأثیر النفس فی حرکه العضـلات. و لا شبهه فی أن الفعل إذا عری عن القصد و الاختیار لحق بالأفعال غیر الاختیاریه ثم ان الفائده المترتبه علی الفعل الاختیاری علی ثلاثه أقسام:

الأول: الفائـده الخالصه المترتبه علی الفعل الخارجی. و ذلک کالربـح المترتب علی التکسب و الاتجار. و کالتلذذ المترتب علی أکل المطعومات.

و کحراره البدن المترتبه

على لبس الألبسه، و الى غير ذلك من الأمثله.

الثانى: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضروره من دون أن تكون هذه الضروره من ناحيه الظالم و نحوه.

و مثال ذلك: أن يضطر أحد إلى بيع داره لصرف ثمنها فى علاج مريضه المشرف على الهلاک أو للإنفاق على عياله، أو لأداء الدين الواجب أو لدفع جريمه تثبت عليه فى المحكمه الخاصه. و من هذا القبيل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا بيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹۰

أشباه ذلک، فإن الإجبار انما يكون بالنسبه إلى دفع المال، لا بالنسبه إلى بيع ما ذكر.

الثالث: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل دفعا لضرر الظالم الناشئ من ترک الفعل- لا من الجهات الخارجيه. و مثال ذلک أن يحمل الجائر أحدا على فعل خاص مع الإيعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما، فان نفس الفعل- هنا- و ان صدرت بمقدماته الاختياريه التى أشرنا إليها قريبا.

و لكن الفاعل لم يرض به.

و يتضح الفارق بين هذا القسم و بين سابقه بملاحظه ما يلى: و هو أن الظالم إذا أكره أحدا على بيع داره، و أوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر فى صحه البيع. و هذا بخلاف ما إذا أكرهه بداءه على إعطاء ألف دينار. و كان سبيل نجاته عن هذه الغرامه هو بيع داره فإنه حينئذ يحكم بصحه البيع لوقوعه برضا المالک و طيب نفسه. غايه الأمر أن الداعى إلى البيع انما هو الاضطرار. و أيضا أن الفارق بينهما كالفارق

بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه و الا يهلكه. و بين من أجبره الجائر على قطع إصبعه، و إلا يقتله، فان الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثانى. و هذا واضح.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، لأن البيع الصادر من المكره كرها كسائر أفعاله الاختياريه مسبوق بالمقدمات، من التصور و التصديق بالفائده و الميل و الإراده التى هى بمعنى الاختيار. و لكن هذا البيع الصادر من المكره فاقد للرضا و طيب النفس. و على هذا فعنوان التجاره لا يتحقق إلا بالإراده و الاختيار. فبيع المكره تجاره غايته تجاره عن غير تراض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩١

الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكره– الروايات «١» الداله على حرمه التصرف فى مال غيره الا بطيب نفسه،

و من الظاهر أنه لو كان بيع المكره نافذا لكان سببا لحليه ماله للمشترى بغير الرضاء و طيب النفس

الوجه الرابع: الروايات [٢] الداله على بطلان طلاق المكره و عتاقه

فإنها و ان وردت فى الطلاق و العتاق، و لكنها بضميمه عدم القول بالفصل بينهما و بين غيرهما من العقود و الإيقاعات تدل على المقصود.

الوجه الخامس: ما دل [٢] على رفع الإكراه فى الشريعه المقدسه.

---

[٢] عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه «ع»، قال: سمعته يقول:

لو ان رجلا مسلما مر بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوف على نفسه ان يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شى ء. مرسل.

و عن زراره عن أبى جعفر «ع» قال: سألته عن طلاق المكره و عتقه؟

فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق. حسن بإبراهيم بن هاشم.

و عن يحيى بن عبد اللّه بن الحسن عن أبى عبد اللّه «ع» قال سمعته يقول لا يجوز الطلاق فى استكراه، و لا يجوز عتق فى استكراه. و انما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا اضطرار. ضعيف بيحيى. الكافى ج ۶ من ط ٢ باب طلاق المكره ص ١٢٧. و الوافى ج ١٢ باب طلاق المكره ص ١۶٧

[٣] عن حريز بن عبد اللّه، عن أبى عبد اللّه «ع» قال: قال رسول اللّه «ص»: رفع عن أمتى تسعه: الخطأ، و النسيان، و ما اكرهوا

عليه، و مـا لاـ يطيقون، و ما لا يعلمون، و ما اضـطروا اليه، و الحسـد، و الطيره، و التفكر فى الوسوسه فى الخلق ما لم ينطق بشـفه. مجهول بأحمـد بن محمـد بن يحيى العطار. توحيد الصدوق باب الاسـتطاعه ص ۳۶۴. و الخصـال ج ۲ أبواب التسـعه ص ۴۴. و البحار ج ۱ ص ۱۵۶. و الوسائل باب ۳۷ من قواطع الصلاه.

---

(۱) قد تقدمت هذه الروايات فى الجزء الثانى فى ص ۱۳۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹۲

و وجه الاستدلال به على بطلان عقد المكره

هو ما ذكرناه فى علم الأصول من أنه لا اختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفيه. بل يعم الأحكام الوضعيه- أيضا- كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام، بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فإن فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له، و عليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم، كالافطار فى شهر رمضان، أو إنشاء بيع ارتفع حكمهما.

و على هذا فلا احتياج فى الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق و العتاق [1]

و باب ۳۰ من أبواب الخلل فى الصلاه. و باب ۵۶ من جهاد النفس. و الفقيه ج ۱ من طبعه النجف ص ۳۶.

و عن احمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن إسماعيل الجعفى عن أبى عبد اللّه «ع» قال: سمعته يقول: وضع عن هذه الأمه ست خصال: الخطأ، و النسيان و ما استكرهوا عليه، و ما لا يعلمون، و ما لا يطيقون، و ما اضطروا اليه.

و عنه عن الحلبى عن أبى عبد اللّه «ع» قال: قال رسول اللّه «ص»:

وضع عن أمتى الخطا و النسيان، و ما استكرهوا عليه.

و عنه عن ربعى، عن أبى عبد اللّه «ع» قال: قال رسول اللّه «ص»:

عفى عن أمتى ثلاث: الخطأ، و النسيان، و الاستكراه، قال أبو عبد اللّه «ع» و هنا رابعه و هى ما لا يطيقون.

و عن احمد بن أبى عبد اللّه فى المحاسن، عن أبيه، عن صفوان بن يحيى.

و احمد بن محمد بن أبى نصر جميعا عن أبى الحسن «ع» فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق. و صدقه ما يملك ا يلزمه ذلك؟ فقال: لا. قال رسول اللّه

«ص»: وضع عن أمتى ما اكرهوا عليه. و ما لم يطيقوا. و ما أخطئوا صحيح. الوسائل باب ١۶ من كتاب الايمان.

[١] هذا المعنى مذكور فى روايه البرقى المتقدمه فى الحاشيه السابقه.

مع ضميمه عدم القول بالفصل- بينهما و بين سائر العقود و الإيقاعات- إلى الاستدلال المزبور.

كما لا نحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم ببطلان العتاق و الطلاق بدءا الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد.

و لا احتياج إلى شى ء منهما و إن كان كل منهما تاما فى نفسه.

و على الجمله: إنه لا شبهه فى دلاله حديث الرفع على بطلان عقد المكره

ما هو حكم المعامله الصادره من المضطر؟

بقى هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما:

الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهه حديث الرفع

فلا بد و أن يحكم بفساد العقود و الإيقاعات الصادره من المضطر- لأجل الاضطرار- لعين ذلك الحديث، و قد تقدم مثاله قريبا.

و لكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد فى مقام الامتنان، و من الواضح أن الحكم بفساد معامله المضطر على خلاف الامتنان، و عليه فلا تكون المعامله الاضطراريه مشموله لحديث الرفع.

ما هو حكم المعامله الصادره من المكره بحق؟

الثانى: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما إذا كان المكره (بالكسر) من سنخ البشر.

أما إذا كان المكره (بالكسر) هو

اللّه تعالى بلسان سفرائه الطاهرين، فإنه- وقتئذ- لا يحكم بفساد العقد الواقع كرها، و لا يكون ذلك مشمولا لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا يمنع عن نفاذ البيع و إلا لزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الإكراهى لغوا محضا تعالى عن ذلك

علوا كبيرا. و قد تحقق هذا المعنى فى موارد شتى، و نذكر منها ما يلى:

١- أن يحكم القاضى ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع، بل يقع معه صحيحا نافذا.

٢- الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب رضوان اللّه عليهم فى إجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيما إذا لم يوجد الباذل. بل عن المهذب البارع الإجماع عليه. و عن التنقيح عدم الخلاف فى ذلك و قد وردت جمله من الروايات فى ذم المحتكر، و حرمه الاحتكار. و كونه من الجرائم الموبقه و يأتى البحث عن ذلك فى أواخر كتاب البيع إنشاء اللّه.

٣- أن لا ينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب و الام و الأولاد و الأزواج و غيرهم، فإنه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك على بيع أمواله و صرف ثمنها فى نفقه هؤلاء. و لا يؤثر هذا الإكراه فى

بطلان بيعه، لما عرفته قريبا فى المحتكر.

۴- أنه إذا امتنع الراهن من أداء دينه فإنه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونه و أداء دين المرتهن من ثمنها. فلا يؤثر الإكراه فى فساد بيعه.

ثم انه بقى هنا شى ء آخر لا بأس بالتعرض له. و هو أن المحقق الايروانى قد استدل على فساد عقد المكره بما حاصله: أن عنوان المعامله لا يتحقق عرفا بإنشاء المكره، بداهه أنه و ان قصد المعنى قلبا، و تكلم باللفظ لسانا، إلا أنه لا رابطه بينهما لبا، ضروره أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدميه و التوصل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹۵

الى المعنى لكى يكون ذلك وسيله إلى تحقق عنوان المعامله، بل انما أتى به بداع آخر. و عليه فقصد المكره للمعنى، كالقصد الساذج الخالى عن الإنشاء.

كما أن إنشاءه كالإنشاء الساذج الخالى عن القصد. و إذا لم يتحقق- هنا- عنوان المعامله لم يترتب عليه أثر شرعى.

و لكن يتوجه عليه ما عرفته مرارا من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفسانى، و إبرازه بمبرز خارجى من اللفظ و غيره، و لا ريب فى أن هذا المعنى متحقق فى عقد المكره، غايه الأمر أنه فاقد لطيب النفس، إلا أنه غير دخيل فى عنوان العقد، و انما هو دخيل فى صحته.

و يضاف الى ذلك: أنه لو لم يكن إنشاء المكره مربوطا بالقصد و كان كل منهما غريبا عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسدا من ناحيه انتفاء موضوع العقد، لا من ناحيه الكره. و قد عرفت آنفا أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجدا لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس و الرضاء.

هل يعتبر فى الإكراه وجود حامل على المكره عليه؟

قوله: (إن حقيقه الإكراه

لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه).

أقول: هل يعتبر فى مفهوم الإكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان- هنا- اكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا- يعتبر ذلك فى مفهومه، بل يكفى فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره (بالكسر) و ان كان الاعتقاد المزبور مخالفا للواقع؟.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹۶

و يحسن بنا أولا: أن نقدم مقدمه فى طليعه البحث عن ذلك و ملخصها:

أن النسبه بين عنوان الكراهه و عدم طيب النفس هى العموم المطلق، ضروره أنه كلما تحقق- هنا- كره تحقق عدم طيب النفس. بخلاف العكس، فإنه قد لا يوجد الكره و لكن يتحقق عدم الرضاء و عدم طيب النفس- كما إذا تخيل أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجه أو عتاق عبده- و فعل ذلك ثم تبيّن أنه ليس هنا مكره (بالكسر)- فان عنوان الإكراه و ان كان غير متحقق فى المقام واقعا و لكن لم يوجد هنا رضاء أيضا بالمعامله.

و قد يتوهم أن النسبه بين عنوان الإكراه و بين عدم الرضاء هى العموم من وجه، إذ قد يتحقق الإكراه و لا يتحقق عدم الرضاء، كما إذا باع أحد داره برضاه ثم علم بوجود المكره فى الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله.

و لكنه توهم فاسد بديهه أن حقيقه الإكراه متقومه بوجود المكره (بالكسر) واقعا، و علم المكره (بالفتح) به فإذا انتفى أحدهما انتفى عنوان الإكراه.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معامله المكره هو حديث الرفع فلا مناص عن التكلم فى حقيقه الإكراه، و بيان ما يعتبر فيها من القيود و الشرائط، لكى يتضح ما هو المقصود من الحديث المزبور.

و

ان كـان الـدليل على بطلاـن معـامله المكره هو عـدم اقترانها بالرضاء و طيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقه الإكراه فإن المـدار فى صحه معاملات المكره و فسادها- وقتئذ- انما هو وجود طيب النفس و عدمه، و عليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص بتوهم أن الجائر قـد أمره بـذلك، و أوعـده على تركه بالضـرب و القتل و نحوهما- و ان كان اعتقاده هذا موافقا للواقع- فان العقد المزبور فاقد لطيب النفس. نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۲۹۷

اجتمعت حقيقه الإكراه مع عدم طيب النفس.

و على الجمله: أن الميزان فى بطلاـن بيع المكره انمـا هو عراؤه عن طيب النفس، سواء أ اسـتند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون- هناك- مخوّف، أم استند الى جوف مستند إلى الجائر.

هل يعتبر فى تحقق الإكراه الوعيد من الآمر؟

قوله: (و يعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه)

أقول: هـل يعتبر فى تحقق الإـكراه الوعيـد من الآـمر، أم يكفى فى ذلـك توجه الضـرر على المكره (بالفتـح) و لو من نـاحيه غير الآمر؟.

الظاهر من المصنف هو الأول.

و قال السيـد- عنـد قول المصـنف: اقترانه بوعيـد منه-: (فعلى هـذا لا يصـدق على ما أشـرنا إليه سابقا من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضـرر السـماوى، أو ضـررا من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده. بل و كذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر.

و حينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترک أو صل اليه الضرر لا يعد من الإكراه).

و تبعهما فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (يعتبر توعيد الطالب على الترک، ثم

يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائى على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل فى موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضرر من شخص آخر غير الآمر).

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٨

و لكن التحقيق: أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر و لو من ناحيه غير الآمر، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفا من الضرر المتوجه اليه من ناحيه السلطان إذا علم بمخالفه أمر ولده.

و لا يفرق فى ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكره هو حديث الرفع، و بين كونه عدم طيب النفس:

أما على الثانى فواضح.

أما على الأول فلما عرفته من أن حقيقه الإكراه حمل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه بالضرر سواء أ كان الضرر متوجها اليه من الآمر، أم كان متوجها اليه من غيره.

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السماوى، كما إذا أمر أحد من أولياء اللّه شخصا خاصا ببيع داره، و إلا طلب من اللّه تعالى أن يمطر عليه حجاره من السماء، أو يرسل عليه ريحا عاصفه فباعها خوفا من الغضب الإلهى، فإن البيع المذكور يحكم بصحته، لما عرفته- قريبا- من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الإكراه من ناحيه العباد، لا الإكراه من ناحيه اللّه سبحانه. و هذا ظاهر.

هل يعتبر فى الإكراه العلم بترتب الضرر على ترک المكره عليه؟

هل يعتبر فى صدق الإكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكره عليه، أم يكفى فى ذلك مجرد الاحتمال؟.

ذكر المصنف: أنه يعتبر فى ذلك كون الضرر مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل، أو بحال من يتعلق به، أو يضر بماله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٩

و قد اكتفى شيخنا

الأستاذ فی صدق الإکراه علی ذلک باحتمال ترتب الضرر علی ترک المکره علیه، و قد عرفت عباره مقرر بحثه آنفا.

و هذا هو الصحیح، لما عرفته- قریبا- من أن المدار- فی فساد عقد المکره- علی انتفاء طیب النفس، و هو حاصل بمجرد الخوف النفسانی الحاصل من وعید الآمر، و معه لا دلیل علی اعتبار العلم بالترتب أو الظن به، بل یکفی فی ذلک مجرد الاحتمال العقلائی.

ثم ذکر السید: (أنه لا بد فی صدق الإکراه من کون الضرر المتوعد به مما لم یکن مستحقا علیه، فلو قال: افعل کذا و إلا قتلتک قصاصا.

أو و إلا طالبتک بالدین الذی لی علیک و نحو ذلک لا یصدق علیه الإکراه).

و قد یناقش فیه بأن المعامله- عندئذ- فاقد لطیب النفس و الرضاء.

فتکون فاسده.

و لکن الظاهر: أن ما ذکره السید هو الصحیح، و ذلک من جهه أن الإکراه ینصرف عرفا الی غیر ذلک، و علی فرض عدم الانصراف فالحدیث لا یشمله، لأنه علی خلاف الامتنان.

و توهم: أن المعامله- حینئذ- فاقده لطیب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق علیه أقوی سبب لتحقق الرضاء بالمعامله، فإن الضرر إذا کان مستحقا علیه لزمه الالتزام به بحکم الشارع، أو دفعه عن نفسه باختیاره و بالتراضی بینه و بین من یستحق علیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۰

هل یعتبر فی الإکراه عدم إمکان التفصی عن الضرر؟

قوله: (ثم إنه هل یعتبر فی موضوع الإکراه أو حکمه عدم إمکان التفصی عن ذلک الضرر المتوعد بما لا یوجب ضررا آخر).

أقول: هل یعتبر فی موضوع الإکراه عدم إمکان التفصی عن الضرر المتوعد به بتوریه أو بغیرها أم لا یعتبر ذلک فی موضوعه، بل یعتبر فی حکمه: أعنی به الأثر المترتب علی الإکراه من بطلان المعامله و غیره.

أم يفصل بين المعاملات و غيرها، و يلتزم بعدم الاعتبار فى الأول دون الثانى، أم يفصل بين التوريه و غيرها، و يلتزم- فى تحقق مفهوم الإكراه- باعتبار العجز عن غير التوريه دونها، أم لا يعتبر شى ء من المذكورات؟.

و قبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقه التوريه: و هى فى اللغه بمعنى الستر و الإخفاء و إلقاء كلام ظاهر فى معنى و إراده خلاف ظاهره. مع إخفاء القرينه على المراد، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره. و خيّل إليه أنه أراد ظاهر كلامه.

و قد ذكر الطريحى فى مجمع البحرين ورّيت الخبر بالتشديد توريه إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر و تنطق به و تريد الخفى.

و فى القاموس: ورّاه توريه أخفاه.

و فى تلخيص المفتاح: و منه التوريه و تسمى الإيهام- أيضا- و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد. إلخ.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۱

و لكن لا يخفى عليك: أن التوريه كما تتحقق فى الأقوال كذلك تتحقق فى الأفعال- أيضا- و لا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها فى الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادره منه فيقول: علم اللّه ما قلته، حيث يظهر كلمه الموصول على صوره أداه النفى.

و يخيّل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان العلماء و المحققين فى حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن على عليه السلام و أبى بكر بأنه أيهما خليفه الرسول صلّى اللّه عليه و آله فقال: من بنته فى

بيته.

و منه قول عقيل عليه السلام: أمرنى معاويه أن ألعن عليا ألا فالعنوه.

و من القبيل المذكور ما سئل بعض الشيعه عن عدد الخلفاء فقال: أربعه أربعه أربعه، و قصد من ذلك الأئمه الاثنى عشر، و زعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع.

ثم لا ـ يخفى عليك: أن الكلام الذى يورّى به قد يكون ظاهرا فى بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب لغباوته و قصور فهمه لا يلتفت اليه، و لا ـ ريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التوريه موضوعا. و إنما هو كسائر الخطابات الصادره من المتكلم فى محاوراته و محادثاته.

و منه ما نقل عن بعض الأجله أن شخصا اقترح عليه أن يعطيه شيئا من الدراهم و يعينه بذلك، و كان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فالقى السبحه من يده على الأرض و قال: و اللّه ان يدى خاليه، و تخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من إعطاء سؤله و قضاء حاجته.

أما جريان التوريه فى الأفعال فهو من الوضوح بمكان و ان لم يتعرض له من فسر التوريه و بيّن حقيقتها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٢

و مثال ذلك: أن يكره الجائر أحدا على شرب الخمر، فأخذها المكره (بالفتح) و أهرقها على جيبه، و خيّل إلى الجائر أنه شربها.

و أن يكره أحدا على أخذ أموال الناس بالظلم و العدوان. فأخذ المكره (بالفتح) مال الظالم سرا و دفعه اليه جهرا، و يخيّل إليه أنه أخذه من الناس و أعطاه إياه.

و أن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوما فى الليل المظلم، فيورى العامل فى فعله بضرب سوطه على الجدار، و يأمر المظلوم بالنياحه و البكاء لكى يفهم الظالم أنه يضربه. و الى غير ذلك من الأمثله.

و عليه

فإذا قلنا بوجوب التوريه فى الكلام مع التمكن منها قلنا به فى الأفعال- أيضا- فإن سبيلهما واحد. و هذا واضح لا ستار فيه.

ثم انه فصّل المصنف- هنا- بين المعاملات و غيرها، حيث اعتبر العجز عن التفصى فى حقيقه الإكراه فى الثانى دون الأول.

و ملخص كلامه: أن المناط فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعامله. و لا ريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع إمكان التفصى.

و مثاله: أنه لو جلس أحد فى مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره فان المكره بالفتح و ان كان له فى غير هذا المكان خدم يكفونه عن شر المكره (بالكسر) إلا أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه و لا يتمكن فى هذه الحاله من دفع ضرر الجائر عن نفسه، و عليه فالإكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا، و حينئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعامله الصادره من المكره.

و هذا بخلاف الإكراه على أمر محرم كالكذب و شرب الخمر و الزناء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۳

و أشباهها فإن الشخص المزبور فى المثال المذكور لا يعذر بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل فان المناط فى الإكراه- المعتبر فى تسويغ المحرمات- هو الإكراه بمعنى الجبر. و المناط فى الإكراه- المعتبر فى رفع الأثر عن المعاملات- هو عدم طيب النفس كما عرفته قريبا و كم فرق بينهما.

و يدل على التفرقه بين المقامين خبر ابن سنان قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: لا يمين فى غضب و لا فى قطيعه رحم، و لا فى جبر، و لا فى إكراه قال: قلت أصلحك اللّه فما فرق بين الإكراه و الجبر؟ قال: الجبر من السلطان يكون، و

الإكراه من الزوجه و الأب و الام و ليس ذلك بشى ء «۱» حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات انما هو الإكراه بمعنى عدم طيب النفس و ان لم يتوجه على ترك المكره عليه ضرر- كما فى إكراه الأب و الام و الزوجه- فيكون أوسع دائره من الإكراه المسوغ لسائر المحرمات.

و لكن يتوجه عليه أولا: أن معنى الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه. و لا ريب أن هذا المعنى ينطبق على جميع موارد الإكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات و المحرمات. و عليه فمجرد مقابله الإكراه مع الإجبار- فى الروايه- لا تدل على التفرقه بين المعاملات و المحرمات بل غايه ما يستفاد منها أن دائره الإكراه الرافع لأثر المعاملات أوسع من دائره الإجبار المسوغ للمحرمات، فإنه يتسامح فى الأول بما لا يتسامح فى الثانى.

و يضاف الى ذلك: أنه لم يذكر فى الروايه أن الإجبار يكون فى

---

(۱) الفقيه ج ۳ من طبعه النجف باب ۹۸ الايمان ص ۲۳۵. و فروع الكافى ج ۷ من ط ۲ باب ما لا يلزم من الايمان ص ۴۴۲. و التهذيب ج ۲ كتاب الايمان ص ۳۲۸. و الوافى ج ۷ ص ۹۲.

المحرمات فقط، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان. و بين الأب و الام و الزوجه و عليه فما ذكره المصنف- فى المثال المزبور من بيان المائز بين المعاملات و بين المحرمات- لا يبتنى على أساس صحيح، بل كما لا يسوغ مع الإكراه- المذكور فى المثال- ارتكاب المحرمات كذلك يحكم- معه- بنفوذ المعاملات بديهه أن الإكراه إنما يؤثر فى

فساد المعامله إذا كانت المعامله المكره عليها فاقده لطيب النفس من ناحيه الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترک، و لم يقدر المكره (بالفتح) على دفعه عاده و من البيّن الذى لا ريب فيه أن طيب النفس متحقق فى المثال، لتمكن البائع من عدم البيع، و لو بالاستنصار من خدمه و عشيرته لكى يدفعوا عنه الضرر.

ثانيا: أنه لا دلاله فى الروايه المذكوره على التفرقه بين المقامين، ضروره توجه الضرر على ترک المكره عليه فى الأمثله التى ذكرت فى الروايه كيف فان ترک ما يريده الأب أو الأم أو الزوجه قد يوجب اختلال العيش و اضطراب الفكر، بل ربما ينجر ذلک الى ما هو أعظم من ذلک، و إذن فتبعد الروايه عن إثبات صدق الإكراه بدون توجه الضرر على ترک المكره عليه.

أضف الى ذلک: أن الروايه ضعيفه السند، فإن الراوى عن ابن سنان هو عبد اللّه بن القاسم، و هو اما مجهول أو ضعيف.

ثم ان المصنف قد فصل- هنا- تفصيلا آخر و هو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتوريه و غيرها، حيث اعتبر الثانى فى مفهوم الإكراه دون الأول و حاصل كلامه: أن الظاهر من النصوص و الفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه، إذ من البعيد جزما أن يحمل عموم حديث الرفع، و خصوص النصوص- الوارده فى طلاق المكره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۵

و عتقه و الشهرات المدعاه فى حكم المكره- على صوره العجز عن التوريه، لجهل أو دهشه، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور، كما يتضح ذلک لمن يراجعها.

و يضاف الى ذلک: أن القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا، بداهه أن الأصحاب- وفاقا

للشيخ فى المبسوط- جعلوا من شروط تحقق الإكراه علم المكره أو ظنه بوقوعه فى الضرر المتوعد به مع الامتناع عن إيجاد المكره عليه، و من البيّن أنه لا شبهه فى وجود الملازمه بين امتناع المكره (بالفتح) عن الفعل المكره عليه، و بين وقوعه فى الضرر- الذى هو المعتبر فى صدق الإكراه- مع التمكن من التوريه، كما لا شبهه فى انتفاء هذه الملازمه مع التمكن من غيرها. و إذن فموضوع الإكراه متحقق فى الأول فيلحقه حكمه، دون الثانى مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى قضيه عمار و أبويه [١].

و لكن يتوجه على ذلك: أنه لم يتضح لنا الفارق بين إمكان التفصى بالتوريه و غيرها، فكما لا يتحقق مفهوم الإكراه فى الثانى، كذلك لا يتحقق مفهومه فى الأول- أيضا.

---

[١] قصه عمار على ما رواها المفسرون فى شأن نزول قوله تعالى «إِلّٰا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمٰانِ»- سوره النحل، الآيه: ١٠٦- ان قريشا اكرهوه و أبويه ياسر و سميه على الارتداد فأبى أبواه فقتلوهما، و هما أول شهيدين فى الإسلام، و أعطاهم عمار بلسانه ما أرادوا مكرها فقيل: يا رسول الله ان عمارا كفر فقال: كلا ان عمارا ملى ء ايمانا من قرنه الى قدمه، و اختلط الايمان بلحمه و دمه، فاتى عمار رسول الله (ص) و هو يبكى، فجعل النبى (ص) يمسح عينيه و قال: ما لك إن عادوا لك فعدهم بما قلت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٦

و من هنا لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته على جيبه حرم عليه شربها جزما و قد تقدم أن التوريه كما تجرى فى الأقوال تجرى فى الأفعال- أيضا.

و كذا لو أكره

الجائر أحدا على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا- يلتفت الى حاله. و أنه يفعل الفعل المكره عليه أو لا يفعله، فإن أحدا لم يتوهم تحقق الإكراه- هنا- مع أن الملازمه المزبوره متحققه- هنا- فى مورد المثالين جزما.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه سابقا من أن المناط فى بطلان معامله المكره إنما هو انتفاء طيب النفس و الرضاء كما بنى عليه المصنف فيما سبق، و من الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصى بالتوريه، و معه كيف يتحقق الإكراه.

أما ما ذكره من التمسک بإطلاق حديث الرفع و سائر الروايات الوارده فى طلاق المكره، و عتاقه و النصوص الوارده فى تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصى فى حكم المكره عليه.

فيتوجه عليه: أن التمسک بذلک إنما هو بعد إحراز الموضوع:

أعنى به تحقق الإكراه، و قد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصى.

أما ما ذكره من أن العجز عن التوريه لو كان معتبرا فى رفع الأثر عن الفعل المكره عليه لأشير إليه فى قضيه عمار و أبويه من جهه شفقه النبى صلّى اللّه عليه و آله عليه.

فيتوجه عليه أولا: أن عظمه عمار و نبوغه فى العلم و التقوى مانعه عن تكلمه بكلمه الكفر مع قصده الى معناها، بل هو لم يتكلم بكلمه الكفر إلا ظاهرا بلسانه، و كان قلبه مطمئنا بالايمان، و عليه فشأن تكلمه بكلمه الكفر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۷

شأن تكلم الكفار بكلمه الشهاده عند الخوف و الدهشه من غير إراده جديه، و إذن فلم تكن حاجه الى التنبيه.

ثانيا: أن الرسول صلّى اللّه عليه و آله و ان لم ينبه عمارا

على التوريه، و أغفل تعليمه إياها و لكنه من جهه عدم مشروعيتها فى أمثال المقام، فإن إظهار الكفر- و لو مع التوريه- محرم فى نفسه، لأنه هتك للّه سبحانه و تجاسر لعظمته. و كذلك التكلم بكلمه الفحش و أشباهها. و من البديهى أنه لو جازت التوريه فى إظهار كلمه الكفر عند التقيه لجازت مطلقا و لو فى غير حال التقيه.

و من العجب: أن المصنف ذكر أنه لو سلم اعتبار العجز عن التفصى بالتوريه فى موضوع الإكراه و حقيقته كان مقتضى عموم حديث الرفع و خصوص النصوص الوارده فى طلاق المكره و عتاقه و معاقد الإجماعات و الشهرات المدعاه إلحاق القادر بالعاجز حكما، إذ من البعيد جدا حمل جميع ذلك على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه، بل لا يمكن الالتزام بهذا الحمل فى بعضها من جهه المورد، كما لا يخفى على من راجعها.

و وجه العجب: أنا لم نجد روايه تدل على إلحاق غير المكره بالمكره حكما.

أما حديث الرفع و ما ورد فى طلاق المكره فلم يذكر فى هذه الروايات إلا ماده الكراهه و ما يقتطف منها، و لا تعرض فيها لبيان موضوع الإكراه و لا لتنزيل غير المكره منزله المكره حكما.

و أعجب من الكل دعواه الإجماع على التنزيل مع أنا لم نر من ذلك فى كلمات الفقهاء عينا و لا أثرا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۸

بحث فى الإكراه على أحد الأمرين العرضيين

قوله: (أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد)

أقول: تحقيق البحث- فى المقام- أنه إذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الإكراه باختيار كل منهما، و يترتب عليه أثره أم لا؟

تحقيق

ذلك يقع فى ناحيتين:

الاولى فى الأفراد العرضيه.

و الثانيه فى الأفراد الطوليه.

أما الناحيه الأولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الإكراه فيما إذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو أمور كثيره، بداهه أن الفاعل مخير فى اختيار أيهما، فيكون صدوره منه بطيب نفسه و رضاه، فيحكم بصحته إن كان ذلك معامله، و بحرمه الإتيان به إن كان من المحرمات.

و قد ناقش فيه المصنف بالنقض ب (أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا، إذ الموجود فى الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصيه و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى: أن وجوده الخارجى ناشئ عن اكراه و اختيار، و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصيه).

و الجواب عن هذه المناقشه: أنه فرق بين وقوع الإكراه على بيع الدار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۰۹

و بين وقوعه على طلاق احدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدين، فان المكره عليه و إن كان كليا فى كلا الموردين، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص و لا فى وقت معين، إلا أن خصوصيه كل فرد من طلاق احدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدين محط نظر المكره (بالكسر) و هذا بخلاف الخصوصيات الموجوده فى بيع الدار، فإنها عوارض فرديه و خارجه عن مورد الإكراه، فالقياس مع الفارق.

و التحقيق فى المقام: أنا قد ذكرنا- فى مبحث الواجب التخييرى من علم الأصول: أن الواجب- هنا- هو الجامع العنوانى الانتزاعى، و هو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما، إذ لا ريب

فی إمکـان تعلـق الطلب بأحـد الفعلین أو الأفعـال علی البـدل، ضـروره أنه لاـ یعتـبر فی متعلـق الوجـوب أن یکـون من الکلیـات المتأصـله، بل یجوز أن یکون من الکلیات الانتزاعیه، و إذا فرض ترتب الغرض الواحـد علی أحد الفعلین، أو الأفعال علی البدل، فإنه لا بد و أن یکون متعلق الإیجاب- أیضا- کذلک.

أضف إلی ذلک: أنه لا شـبهه فی إمکان تعلق الصفات الحقیقیه ذوات الإضافه بأحد الأمرین أو الأمور، کما إذا علمنا بفسق أحد الرجلین مع احتمال فسق الآخر- أیضا- و کان کلاهما فاسـقا فی الواقع، فان متعلق العلم- هنا- هو أحد الفسقین علی نحو الإبهام و الاجمال، لعدم تعینه فی الواقع.

و إذا أمکن تعلق الصفات الحقیقیه ذوات الإضافه بأحد الأمرین أو الأمور أمکن ذلک فی الأمور الاعتباریه- أیضا- جزما.

و مقامنا هـذا نظیر الواجب التخییری، فإنه إذا أکره أحد علی الإتیان بأحد الأمرین أو اضـطر الی ذلک کان الإکراه أو الاضـطرار علی الجامع، لا علی خصوص کل فرد من الأفراد، و هذا المعنی لا ینافی وجود الطبیعه الکلیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۰

فی ضـمن کل فرد من الأفراد فإن لازم ذلک أن کل فرد مصداق للمکره علیه لا أن یکون بنفسه مکرها علیه، للفرق الواضح بین تعلـق الإـکراه بشـی ء بـداءه و بیـن تعلقه به بواسـطه الکلی، فـإن اختیـار أی فرد من الأـفراد بعـد تعلـق الإـکراه بـالکلی من بـاب الاضطرار.

و من هنا اتضـح لک الفارق بین الإکراه علی بیع الـدار، و بین الإکراه علی تطلیق احدی الزوجتین، أو عتاق أحد العبدین، بدیهه أن الأـول بنفسه مـورد للإـکراه دون الثـانی، فـإن مورد الإـکراه فیه هو الجـامع، و أمـا کـل من الخصوصـیتین فهو غیر واقع تحت الإکراه.

و

قد ظهر لک مما بیناه فساد ما ذکره المحقق الایروانی من أن الأشخاص تعد مکرها علیها بالإکراه علی القدر المشترک.

و إذا عرفت ما تلوناه علیک فاعلم: أنه إذا تعلق الإکراه بالقدر المشترک بین الفعلین، فاما أن یکون کلاهما من المحرمات التکلیفیه أو یکون کلاهما عقدا أو یکون أحدهما عقدا و الآخر محرما، أو یکون أحدهما عقدا و الآخر مباحا أو یکون أحدهما محرما و الآخر مباحا.

فان کان کلا الأمرین حراما تکلیفیا- و کانا متساویین فی ملاک التحریم و لم یکن أحدهما أشد مبغوضیه من الآخر فی نظر الشارع- کان المکره (بالفتح) مخیرا فی اختیار أی منهما، ضروره أن نسبه المکره علیه- و هو الجامع- الی کل منهما علی حد سواء.

و إن اختلفت الأفراد و لم تکن متساویه الإقدام فی ملاک التحریم، فإنه- وقتئذ- لا بد و أن یختار ما کان أقل مبغوضیه.

و مثال ذلک ما إذا أکره شخص علی شرب أحد الإنائین، و کان أحدهما نجسا و الآخر نجسا و مغصوبا- معا- فإن الإکراه- هنا- انما یتعلق بشرب النجس

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۱

فلا یجوز للمکره (بالفتح) أن یشرب ما هو مغصوب و نجس.

و هکذا لو أکره شخص علی شرب أحد المائعین، و کان أحدهما خمرا و الآخر متنجسا، فإنه لا یسوغ له أن یختار شرب الخمر، لعدم کونه بالخصوص موردا للإکراه، بل لا بد له من اختیار ما یکون ملاک المبغوضیه فیه أقل و أخف و قد انجلی لک مما ذکرناه أنه إذا أکره شخص علی أحد الفعلین و کان أحدهما مباحا و الآخر حراما لم یکن المکره علیه مخیرا فی الإتیان بأی منهما بل لا بد له من اختیار المباح، کما

إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين و كان أحدهما ماء و الآخر خمرا لم يجز له شرب الخمر- حينئذ- بزعم تعلق الإكراه به بواسطه تعلقه بالقدر المشترك بينهما.

و إن كان كلا الأمرين عقدا أو إيقاعا، أو كان أحدهما عقدا و الآخر إيقاعا فإن كان الأثر مترتبا على أحدهما دون الآخر- بأن أكره على البيع الصحيح أو الفاسد، و اختار المكره (بالفتح) إنشاء البيع الصحيح- حكم بصحته، لأنه لم يصدر من المكره كرها بل إنما صدر منه باختياره و طيب نفسه، فلا وجه لبطلانه.

و إن كان الأثر مترتبا على كل منهما- من غير أن يختص أحدهما بخصوصيه زائده- كان الجامع بالنسبه إليهما متساوى الأقدام،- و حينئذ- فيصير كل واحد من الأمرين مصداقا للمكره عليه: أعنى به الجامع. و قد عرفت أن مجرد كون الشى ء مصداقا للمكره عليه و إن لم يوجب ارتفاع الحكم، و لكن حيث كان المكره (بالفتح) مضطرا إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من من جهه الاضطرار.

و بعباره اخرى: أن الإكراه قد تعلق بداءه بالقدر المشترك بين الأمرين، و القدر المشترك لا يتحقق إلا فى ضمن أحدهما، لاستحاله وجود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۲

الطبيعى فى الخارج بدون أفراده و إذن فالمكره مضطر إلى إيجاد أحد الأمرين لا على التعيين، لأن تركهما معا يستلزم توجه الضرر عليه، و من الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعى و التكليفى، كما أن الإكراه يوجب ذلك.

لا- يقال: إن الاضطرار إلى إيقاع عقد أو معامله لا يوجب ارتفاع أثره- كما تقدم- فكيف يحكم بالبطلان فى المقام من جهه الاضطرار.

فإنه يقال: فرق واضح بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم، حيث إن الاضطرار- هناك- انما

نشأ من الجهات الخارجيه، كالإنفاق للزوجه، و علاج المريض، و بنائه الدار، و خياطه الثوب، و أشباه ذلک، و بيع الدار- مثلا- وسيله إلى دفع الاضطرار.

و هذا بخلاف المقام، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الإكراه، و هو متفرع عليه، و من ثم كان الحكم بالبطلان فى المقام موافقا للامتنان بخلاف ما تقدم.

و إذا أكره على أحد الفعلين، و كان أحدهما مباحا- كشرب الماء- و الآخر معامله- كبيع الدار- و اختار المكره (بالفتح) المعامله لم يحكم ببطلانها بداهه أنها لم تكن بخصوصها موردا للاضطرار. و لا متعلقا للإكراه، إذ كان للمكره أن يختار شرب الماء، فاختياره بيع الدار ناشئ من الرضاء و طيب النفس.

و من هنا اتضح لک حكم ما لو اكره على الجامع بين البيع الصحيح و البيع الفاسد، فان ما تعلق به الإكراه- أعنى به الجامع- لا أثر له لكى يرتفع بالإكراه و ماله الأثر- و هو الصحيح- لا إكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره و إن كان هو أو مقابله مما لا بد من تحققه، و لكنک قد عرفت أن مجرد اللابديه لا يوجب تحقق الإكراه، و إنما يوجب تحقق الاضطرار، و من الواضح أن الاضطرار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۳

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلک يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضا.

و عليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء و طيب النفس، فيحكم بصحته.

و قد اتضح لک مما ذكرناه: أنه لو اكره شخص على إيجاد أحد الأمرين، إما بيع شی ء من أمواله، أو أداء مال مستحق عليه فاختار المكره (بالفتح) البيع لما حكم ببطلانه.

و كذا لو اكره الراهن- عند حلول أجل الدين- على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما

لا يستحقه المرتهن و اختار الراهن الثانی لحکم بصحته.

و من هنا علم انه لو أکره أحد إما علی بیع داره أو علی بیع دار صاحبه فضولا فباع دار نفسه، فإنه لا یحکم بفساده، إذ لا محذور علیه- هنا- فی إنشاء البیع الفضولی، لأن هذا لا یعد تصرفا فی مال غیره لکی یکون من قبیل الإکراه علی أحد الأمرین الذین یکون أحدهما مباحا و الآخر محرما بل هو بمنزله الإکراه إما علی بیع الدار، أو علی شرب الماء، فإذا اختار بیع الدار و ترک شرب الماء حکم بصحته، لأنه لم یصدر إلا من الرضاء و طیب النفس لا من الجبر و الإکراه.

و إذا أکره علی أحد الأمرین مع کون واحد منهما معامله- کبیع الدار- و الآخر حراما- کشرب الخمر أو ترک واجب کالصلاه و نحوها- فالکلام فیه یقع فی جهتین: الاولی فی الحکم التکلیفی. و الثانیه فی الحکم الوضعی:

أما الجهه الاولی فلا شبهه فی حرمه الإقدام علی الحرام و ترک المعامله بداهه أن البیع بنفسه أمر مباح کسائر المباحات الشرعیه و من الواضح أنه لا یسوغ ترک المباح و الاقدام علی الحرام عند دوران الأمر بین ارتکاب أحدهما، إذ الحرام لیس بنفسه موردا للاضطرار و لا متعلقا للإکراه،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۴

بل یمکن التفصی عنه بفعل المباح، و قد عرفت ذلک فیما سبق.

أما الجهه الثانیه فالظاهر أن یحکم ببطلان البیع مع الاقدام علیه لصدوره من المکره کرها، لا من الرضاء و طیب النفس فیشمله دلیل رفع الإکراه.

و بعباره اخری أنه إذا أکره أحد إما علی فعل الحرام أو علی بیع داره- مثلا- و ترتب الضرر علی ترک المکره علیه- کان متعلق الإکراه هو البیع

فقط، بداهه أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترک البيع، و اذن فيرتفع أثر ذلک البيع بحديث الرفع. و الى هنا انتهى الكلام فى الأفراد العرضيه

بحث فى الإكراه على أحد الأمرين الطوليين

أما الناحيه الثانيه-: أى البحث فى الأفراد الطوليه- فهل يجرى فيها جميع ما أسلفناه فى الأفراد العرضيه أم كان حكم الإكراه و الاضطرار- هنا- منحصرا بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات و المحرمات، فيحكم بحرمه المبادره إلى فعل المحرمات و بجواز الاقدام على المعاملات؟.

ذهب شيخنا الأستاذ إلى الأخير و إليک نص مقرر بحثه: (و الظاهر فى هذه الصوره (: أى فى الإكراه على الافراد الطوليه) الفرق بين المحرمات و المعاملات، فلو كان مكرها، أو مضطرا الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادره إليه فى أول الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لا بد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا- لا مجوّز له. و أما لو كان مكرها فى بيع داره موسعا فلو كان مأيوسا من التخلص عنه فإقدامه على البيع فى أول الوقت لا يخرجه عن الإكراه، و أما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار و الفرق واضح).

و قد ذكر فى مبحث التزاحم من علم الأصول: أنه إذا كانت القدره فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۵

كل من الواجبين شرطا عقليا و كان أحد الواجبين أهم من الآخر، فيقدم فيه الأهم على غيره.

و السر فيه أن الأهم بما هو كذلک يصلح أن يكون معجزا مولويا للمكلف عن الطرف الآخر، دون العكس، فتكون نسبه الأهم إلى غيره كنسبه الواجب الى المستحب أو المباح، فكما لا يمكن أن

يكون المباح أو المستحب مزاحما للواجب كذلك لا- يمكن أن يكون المهم مزاحما للأهم، و لا- يفرق فى ذلك بين كون المتزاحمين عرضيين، و بين كونهما طوليين، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتزاحمين الطوليين فعليا و بين كون أحدهما فعليا، دون الآخر مع تماميه ملاكه.

أقول: أما ما أفاده من القاعده الكليه فى مزاحمه الأهم و المهم فهو متين جدا. و قد قررناه فى المبحث المذكور من علم الأصول.

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات و غيرها فلا يرجع الى معنى محصل بداهه أن الإتيان بالفرد المتقدم مع سعه الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكره عليه و لا- المضطر إليه لكى يرتفع حكمه، سواء أ كان ذلك من قبيل المعاملات، أم كان من قبيل الأمور المحرمه، فإن الذى يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأول، و عليه فلا ملزم له فى فعله.

نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهه ترتب الضرر على تركه.

و على هذا فلو أكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعه، أو يوم السبت فبادر الى بيعها يوم الجمعه فإنه يحكم بصحه هذا البيع، لصدوره عن الرضاء و طيب النفس.

و كذا إذا أكره على فعل المحرم اما يوم الجمعه، أو يوم الخميس، فإنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٦

لا- تجوز المبادره إلى فعل ذلك يوم الخميس، إذ لا- مانع عن توجه النهى إلى المكره- عندئذ- و عليه فمتعلق الاضطرار فى الأفراد الطوليه انما هو الفرد المتأخر فقط، سواء فى ذلك المعاملات و غيرها.

ما هو حكم الإكراه على ترک احد الواجبين؟

لا يخفى عليك: ان ما ذكرناه فى الأفراد العرضيه و الطوليه جار فى الواجبات أيضا.

و مثال ذلك: أنه إذا اضطر

أحد إلى الإفطار، أو أكره عليه إما فى اليوم الأول من شهر رمضان، أو فى اليوم الثانى منه، فإنه لا تجوز له المبادره إلى الإفطار فى اليوم الأول منه لعدم كونه موردا للإكراه لكى يكون مشمولا لحديث الرفع، إذ لا يترتب الضرر على تركه، و انما يخاف من ترتب الضرر على ترك الإفطار فى اليوم الثانى بعد فرض انه صام فى اليوم الأول، فالصوم فى اليوم الثانى هو الذى لا يقدر المكلف عليه، دون الصوم فى اليوم الأول.

و ببيان آخر: أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص، و وجوب مستقل لا يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام، و من الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لا- يرفع التكليف عن صوم يوم آخر، و عليه فلا- بد فى كل يوم من ملا-حظه حال المكلف، فان تمكن من صومه وجب عليه ذلك، لفعليه الأمر بفعليه موضوعه، و الا فلا.

و من هنا إذا أكره أحد على الإفطار فى شهر رمضان اما فى العشره الأولى أو فى العشره الثانيه لم يقل أحد بكون المكلف مخيرا فى ذلك، بل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۷

يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه إفطار يوم خاص.

ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلا- عند دوران الأمر بين تركه و ترك الواجب المتأخر- يختص بالواجبات الاستقلاليه.

أما الواجبات الضمنيه فلا يجرى فيها ذلك.

و بيانه: أنه متى تعذر الإتيان بأحد إجزاء الواجب أو قيوده سقط أصل الواجب، لكون وجوب الأجزاء ارتباطيا، و عدم تمكن المكلف من الإتيان بالواجب بتمامه. و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر متعينا، أو مرددا بين أمرين أو أمور.

فإذا أكره

المكلف على ترک جزء فی الرکعه الأولی، أو الرکعه الثانیه کان مقتضـی القاعده هو سقوط وجوب أصل الصلاه، لعدم التمکن من الإتیان بتمام اجزائها.

و لکن حیث علمنا بأن الصـلاه لا تسـقط بحال [۱] فقـد علمنـا بوجوبهـا فی الجمله، و علیه فیـدور الأمر بین أن یکون الساقط هو الجزء الأول، و بین أن یکون هو الجزء الثانی. و حینئـذ فإن اسـتفدنا من دلیل الجزئیه أن العبره- فی اعتباره فی الواجب- بالقدره علیه فی ظرف اعتبـاره فلاـ بـد من أن یکـون الساقـط هو الجزء المتـأخر، و ذلـک کمـا إذا دار الأـمر بین ترک القیـام فی الرکعه الاولی، و ترکه فی الرکعه الثانیه، فإنه- عندئذ- یلزم القیام فی الأولی لما ورد [۲] من أن المصلی إذا قوی فلیقم.

---

[۱] الأصـل فی ذلـک مـا رواه زراره- فی المسـتحاضه- عن الصـادق «ع» من انها تصـلی، و لا تـدع الصـلاه علی حال، فإن النبی «ص» قال: الصلاه عماد دینکم.

صحیح. الوسائل باب ۱ من أبواب الاستحاضه.

[۲] عن جمیل بن دراج قال: سألت ابی عبد اللّه «ع» ما حد المرض-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۱۸

و إن لم یثبت ذلک وصلت النوبه الی الأصل العملی، و هو یقتضـی التخییر لأنا نعلم باعتبار أحد الأمرین لا محاله، و لکن نشک فی اعتبار خصوص الأول فیدفع احتمال اعتباره بأصاله البراءه.

و هذا الذی ذکرناه جار فی جمیع موارد دوران الأمر بین ترک جزء و ترک جزء آخر، و کذلک بین ترک جزء و ترک شـرط، أو ترک شرط و ترک شرط آخر.

هـذا کله فیمـا إذا لم یعلم من الخـارج تعین الأخـذ بأحـدهما، و إلا لزم الأخـذ به، و یسـقط الآخر. و ذلک کما إذا دار الأمر بین الوقت

و غيره، أو بين الطهور و غيره، فإنه حينئذ لا إشكال فى أن الساقط يكون غير الوقت و الطهور.

كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور و الوقت كان الساقط هو الوقت و تمام الكلام فى محله

ما هو حكم إكراه أحد الشخصين على فعل واحد؟

قد ذكر المصنف:

(أن اكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفايه و ايعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها).

تحقيق ذلك: أن الإكراه قد يتعلق بفعل محرم، و قد يتعلق بمعامله أما الأول فكاكراه أحد الشخصين على فعل محرم و الإيعاد على تركه بالضرر، فان علم أحدهما أو اطمأن بأن الآخر لا يفعله- إما لتمكنه من دفع الضرر المتوجه عليه، أو لتوطين نفسه عليه- جاز له الإتيان بالمكره عليه لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالا عقلائيا بأن الآخر يفعله، فخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه. أما إذا

- الذى يصلى صاحبه قاعدا؟ فقال: إن الرجل ليوعك و يحرج، و لكنه إذا قوى فليقم. صحيح. الوسائل باب ۶ من أبواب القيام فى الصلاه.

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكره عليه إما لعدم مبالاته فى الدين أو لخوفه من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه.

و السر فى ذلك أن الأحكام الشرعيه و إن كانت مجعوله على نحو الكليه و لكنها منحله إلى الأحكام الجزئيه باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصيه. و عليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين، و حينئذ ففى ما نحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع، و يحكم

بإباحه الفعل الصادر منه و الا يكون مشمولا لدليل التحريم، فيحكم بحرمه ما ارتكبه من الفعل.

أما الثانى فقد يكون متعلق الإكراه عقدا واحدا، و قد يكون متعلقه عقدين:

أما الأول فلا شبهه فى بطلانه- كما إذا أكره الجائر أحدا من الوكيل أو الموكل على بيع خاص.

و وجه البطلان: أن الوكيل و الموكل و إن كانا متعددين خارجا و لكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد، و هو الموكل، و عليه فمتعلق الإكراه أمر وحدانى غير متعدد بتعدد الأشخاص، و إذن فشأن ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد.

و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم: أعنى به إكراه شخص واحد على أحد العقدين، بداهه أن بطلان العقد- هناك- من جهه الاضطرار الى أحد البيعين بخلافه- هنا- فان البطلان فيه من جهه الإكراه و هذا واضح.

أما الثانى فيأتى فيه ما ذكرناه فى إكراه أحد الشخصين على فعل محرم، و عليه فان علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۰

صدر منه، لعدم كونه مكرها فى فعله و ترتب عليه جميع آثاره الوضعيه و التكليفيه.

و إن علم أو اطمأن أو احتمل احتمالا- عقلائيا بأن الآخر لا يفعله حكم ببطلانه، لأنه صدر منه كرها، فيكون مشمولا لحديث الرفع.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۳، ص: ۳۲۰

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أنه لا وجه للأخذ بإطلاق كلام المصنف، و الحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها، فلاحظ و تأمل.

بحث فی بیان متعلق الإكراه

قوله: (و اعلم ان الإكراه قد يتعلق بالمالك).

أقول: قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد، و قد يتعلق بالمالك، دون العاقد، و قد يتعلق بالعاقد دون المالك.

أما الأول فقد تقدم تفصيله- آنفا- و عرفت- أنه يحكم ببطلان العقد الإكراهی، لحديث الرفع.

أما الثانی- كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجه، و وقع الطلاق من الوكيل من غير اكراه- فلا شبهه فی عدم استناد الطلاق- عندئذ- الى الزوج لحديث الرفع، و عليه فيكون التوكيل بمنزله العدم، لتحققه بدون رضاء الموكل.

و على هذا فان لم تلحق الإجازه بالطلاق حكم بفساده جزما، و إن لحقت به الإجازه فإن قلنا بصحه الإيقاعات الفضوليه حكم بصحه الطلاق، و إلا فلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۱

و لا يفرق فی ذلك بين لحوق الرضاء و الإجازه بالتوكيل الإكراهی و عدمه أما بناء على كون الإجازه ناقله فواضح، بديهه أن التصرفات الصادره من الوكيل قبل اجازه الموكل بمنزله التصرفات الصادره من الأجانب، غايه الأمر أنه بعد التحاق الإجازه بالوكاله حكم بصحه الوكاله، و لا تحتاج الى التوكيل ثانيا.

أما بناء على كون الإجازه كاشفه فإن الطلاق و ان لم يكن فضوليا بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولی حقيقه، فإنه قد صدر ممن تتوقف وكالته على الإجازه، و قد فرضنا أن الإيقاع لا يصح بالإجازه.

و على الجمله: أن صدور العقد أو الإيقاع من الوكيل بالرضاء و طيب النفس لا يكفی فی صحه ذلك مع كون التوكيل إكراهيا.

أما الثالث- و هو إكراه العاقد- فقد ذكر المصنف رحمه اللّه: أن

(الأقوى- هنا- الصحه لأن العقد- هنا- من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فی المكره إذا كان عاقدا، و الرضاء المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا اولى من

المالک المکره علی العقد إذا رضی لاحقا).

و التحقیق: أن- هنا- صورا:

الأولی: أن یکون الإکراه من المالک، و کان العاقد مکرها علیه فی إنشائه. و الظاهر أنه لا إشکال فی صحه العقد- حینئذ- فإن المعتبر فی صحه العقد أن یصدق علیه أنه تجاره عن تراض من المالکین، کما یدل علیه قوله تعالی:

«لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ «۱»» فلا أثر لرضاء الأجنبی و عدمه و العاقد غیر المالک أجنبی، فلا أثر لعدم رضاه، و کونه مکرها فی إنشاء العقد و قد یتوهم: أن حدیث الرفع یدل علی عدم ترتب الأثر علی هذا العقد

---

(۱) سوره النساء الآیه ۲۹.

و لکنه توهم فاسد، ضروره أنه لیس- هنا- أثر مترتب علی فعل المکره علیه بالإضافه إلیه حتی یرتفع بحدیث الرفع. أما بالنسبه إلی المالک فلا اکراه علی أن رفع الأثر بالإضافه إلی المکره علیه خلاف الامتنان.

الثانیه: أن یکون الإکراه من غیر المالک لغیر الوکیل من المالک، و العقد فی هذه الصوره فضولی، فتتوقف صحته علی الإجازه و الوجه فیه ظاهر.

الثالثه: أن یکون الإکراه من غیر المالک، و لکن المکره یکون وکیلا مفوضا من قبل المالک، و الظاهر: أن یحکم ببطلان المعامله فی هذه الصوره فیما إذا لم یعلم رضاء المالک بالعقد، و ذلک لأن المعتبر فی صحه العقد هو استناده الی المالک، فلو لم یکن الوکیل مکرها کان رضاه بمنزله رضاء المالک و انتسب العقد الیه. أما إذا کان الوکیل مکرها فهو غیر راض بالعقد، و المفروض أنه لا کاشف آخر عن رضاء المالک.

نعم إذا علم رضاء المالک حکم بصحه العقد، لأن رضاء الوکیل انما یعتبر بما أنه طریق و کاشف عن رضاء الموکل

من جهه توكيله، فلو علم رضاء الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته.

و من هنا اتضح لك: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون، لأن المجنون مسلوب العباره، فلا تأثير فى عقده، و هذا بخلاف المكره، فإنه ليس بمسلوب العباره

بحث فى الإكراه على بيع عبد من عبدين

قوله: (فرع و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففى التذكره إشكال).

أقول: العقد الصادر من المكره (بالفتح) قد يكون متحدا مع ما تعلق به الإكراه، و قد يباينه، و قد يزيد عليه، و قد ينقص منه فهنا صور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۳

أما الصوره الأولى فقد تقدم الكلام فيه.

أما الصوره الثانيه فلا ينبغى الإشكال فى صحه العقد فيها لأن ما تعلق به الإكراه لم يتحقق فى الخارج، و ما تحقق فيه ليس بمكره عليه، و ذلك كما إذا أكرهه على بيع داره فباعه كتابه.

نعم إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن إكراهه كان باطلا لا محاله، و ذلك لفقدانه طيب النفس، و أنه من جهه الاضطرار.

و بعباره اخرى: أنه إذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الإكراه على بيع الدار تعيينا- و رضى ببيع أحد الأمرين من الدار و الكتاب، و قد رضى المكره (بالكسر)- أيضا- بذلك- كان البيع- الواقع- بغير طيب النفس لا محاله، فيحكم بفساده.

أما الصوره الثالثه فقد يقع العقد فيها تدريجا- كما إذا أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما، ثم باع الآخر- و قد يقع دفعيا، كما إذا باعهما دفعه واحده:

أما إذا باعهما تدريجا فلا شبهه فى بطلان البيع الواقع أولا، ضروره أن المكره عليه انما هو عنوان

أحدهما، و من الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى.

أما البيع الثانى فيحكم بصحته جزما، إذ الإكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثانى برضاء المالك، و طيب نفسه. و هذا ظاهر.

و لكن احتمل المصنف: أنه يرجع الى البائع فى استيضاح المكره عليه و ميزه عن غيره، سواء أ ادعى البائع العكس أم لا.

و يتوجه عليه: أنه لم يبق موضوع للإكراه بعد تحقق العقد الأول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۴

لكى يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتى يرجع الى البائع فى التعيين، بل لا يبعد صحه البيع الثانى حتى فيما إذا كان بيعه متفرعا على الإكراه، و من تبعات البيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه، ثم باع المصراع الثانى فإن بيع المصراع الثانى و ان كان لأجل عدم الانتفاع به وحده، و من تبعات البيع الأول، لكنه حيث وقع عن الرضاء، و بغير الكره فيحكم بصحته.

أما إذا باع المكره عليه و غيره دفعه- كما إذا باع العبدين مره واحده- فان لم يكن البيع من جهه الإكراه، بل كان من جهه طيب النفس- كما إذا فرضنا أنه كان راغبا الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصه فباعهما- فلا إشكال فى صحه البيع.

أما إذا كان البيع من جهه الإكراه، و لولاه لم يكن يقدم عليه ففى صحته أو فساده مطلقا، أو الصحه فى غير المقدار المكره عليه وجوه.

قد ذهب المصنف إلى صحه البيع فى المجموع بدعوى أن ما تعلق به الإكراه لم يقع فى الخارج، و ما وقع فيه لم يتعلق به الإكراه.

و لكنه يندفع بأن بيع المجموع و ان لم يقع عن إكراه إلا أن بيع

أحدهما وقع عن إكراه لا محاله، و لولاه لم يقدم على البيع أصلا- كما هو المفروض- فلا وجه لصحه البيع فى الجميع.

أما وجه الفساد مطلقا فهو أن المكره عليه لا تعين له فى الواقع، و أن نسبته الى كل من الفردين على حد سواء، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و لكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبه إلى المقدار المكره عليه و يحكم بصحته بالنسبه إلى المقدار الزائد عليه، و يتعين الفاسد بالقرعه.

قيل: إن القرعه انما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۵

ظاهرا، و من الواضح أن المكره عليه مردد بين الأمرين ظاهرا و واقعا من غير أن يكون له تعين فى مرحله من المرحلتين.

و الجواب عن ذلك: أن مورد القرعه غير منحصر فيما ذكر، بل هى تجرى فى كل أمر مشكل أو مشتبه، لإطلاق أدلتها، و من هنا أطبق الفقهاء رضوان اللّه عليهم على الرجوع الى القرعه فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين، مع أن المطلقه لا تعين لها، لا واقعا، و لا ظاهرا، و مقامنا من القبيل المذكور.

و نظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع فى المحرمات أيضا، كما إذا أكره الجائر أحدا على أن يشرب اما الخمر، أو البول فشربهما، فإنه يعاقب على أحد الشربين جزما لوقوعه بالإراده و الاختيار.

أما الصوره الرابعه- و هى بيع ما يكون أنقص من المكره عليه- فالتحقيق فيها: أن البيع المزبور قد يكون مستندا الى الرضاء و طيب النفس بحيث لو لم يكن فى البين إكراه- أيضا- لكان راضيا ببيعه، و لا شبهه فى صحه ذلك.

و قد يكون بيع النصف

لرجاء أن المكره (بالكسر) يكتفى بذلك، و لا يكرهه على بيع مجموع الدار، و لا شبهه فى بطلان البيع- وقتئذ- لحديث الرفع، بداهه أن الإكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق، و عليه فيكون الإكراه على بيع مجموع الدار اكراها على بيع نصفها.

نظير ما لو أكره أحد على بيع دارين فباع أحدهما، فإنه لا شبهه فى الحكم بوقوعه عن إكراه. و لا وجه للفرق بينه و بين ما لو اكره على بيع دار واحده فباع نصف تلك الدار.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۶

و قال المصنف:

(و فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر).

و لعل وجه النظر هو أن ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه.

و من أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الإكراه و لكنك قد عرفت: أن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا و الإكراه بنفسه أماره على عدم وقوع البيع عن الرضاء و طيب النفس.

و نظير ذلك: ما إذا أكره الجائر أحدا على شرب كميه خاصه من الخمر فشرب نصفه برجاء أن يقتنع المكره، و يرفع اليد عن إكراهه.

بحث فيما ذكره العلامه فى التحرير

قوله: (بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير، قال فى التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى.).

أقول: قبل التعرض لشرح كلام العلامه، و بيان صحته أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسأله، و إليك ما يلى:

۱- أن يكون الطلاق الصادر من المكره (بالفتح) مقترنا بالرضاء و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه، بل يقترن الطلاق بالإكراه زمانا فقط. و ذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق

زوجه و أكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فإنه لا شبهه- حينئذ- فى صحه طلاقه لوقوعه عن الرضاء ٢- أن يستند صدور الطلاق الى الكره، و أوقعه المكره (بالفتح) خوفا من الضرر المتوعد عليه. و لكن مع ذلك ليس قصد المكره إلا إيقاع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٧

الطلاق حقيقه. إما من ناحيه الجهل ببطلان طلاق المكره، أو من جهه الاعتقاد بصحه طلاقه «١».

و قد تردد المصنف فى الحكم بصحته و فساده، ثم قال: إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

و الظاهر أن يحكم ببطلان الطلاق- هنا أيضا- لأن المناط فى صحه العقود و الإيقاعات صدورها عن الرضاء و طيب النفس، و من الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك.

و تدل على ما ذكرناه صحيحه البزنطى عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك، فقال:

لا، قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه «٢».

و وجه الدلاله هو أن الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقه. و إن كان باطلا عندنا مع الاختيار- أيضا- الا أن استشهاد الامام عليه السلام- على عدم وقوع الأمور المذكوره- بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الإكراهى.

و هذا ظاهر.

ثم انه لا يفرق فى بطلان الطلاق عن كره بين أن يرجع الضرر المتوعد عليه الى نفس المكره (بالفتح)، أو الى عرضه و شرفه، أو الى ماله، أو الى من يهمه أمره من عشيرته و أقاربه و نحو ذلك، كأن يقول الجائر لأحد: طلق زوجك، و الا قتلتك، أو قتلت ابنك، أو عشيرتك أو أخذت أموالك، أو يخوّفه بأشباه ذلك مما يضر المكره (بالفتح).

أما إذا لم يكن

الضرر راجعا الى المكره (بالفتح) كما إذا قال له الأجنبى:

---

(۱) كما عن الحنفيه- و قد ذكرنا رأيهم فى ص ۲۸۲.

(۲) الوسائل باب ۱۶ من أبواب كتاب الايمان.

بعنى دارك، و الا قتلت نفسى، أو أرتكب معصيه فلا يتحقق فى مثله الإكراه جزما.

ثم إن بطلان الطلاق- فى هذه الصوره- يختص بما إذا لم يتمكن من التوريه، و إلا فالأقرب وقوعه على ما عرفته من اعتبار العجز عن التوريه فى تحقق الإكراه موضوعا و حكما، و لعل هذه الصوره هى مراد العلامه رحمه اللّه، حيث قرّب وقوع الطلاق إذا كان المكره ناويا.

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق- أيضا- ۳- أن يكون الإكراه مقتضيا لوقوع الطلاق، و جزء سبب لتحققه فى الخارج، و يكون جزؤه الآخر الرضاء، و عليه فيكون صدور الطلاق من المكره (بالفتح) مستندا إلى أمرين: أحدهما الرضاء، و الآخر الإكراه و بانتفاء أحدهما ينتفى الطلاق.

و لكن الظاهر هو بطلان الطلاق فى هذه الصوره- أيضا- لأن المناط فى بطلان عقود المكره و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحه لأن الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات ظاهره فى كون الرضاء سببا مستقلا لصدورها، لا جزءا لذلك و عليه فإذا اقترن الرضاء بالإكراه، و اجتمع معه استند الفعل إليهما، لا الى الرضاء فقط. و حينئذ- فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، الا أن ما يقتض الصحه- أيضا- غير متحقق. لعدم صدور الطلاق عن الإراده و الرضاء.

۴- أن يكون كل واحد من الرضاء و الإكراه عله تامه و سببا مستقلا فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن- هنا- اكراه

لوقع الطلاق- أيضا- و هكذا العكس.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۲۹

و الظاهر أنه لا شبهه فى صحه الطلاق- عندئذ- لوجود المقتضى: أعنى به الرضاء و طيب النفس، و لا تقاس هذه الصوره: بالصوره السابقه فى الحكم ببطلانه، لما عرفته من عدم المقتضى للصحه فى الصوره السابقه، بخلاف هذه الصوره، فإن ما يقتضى الصحه فيها موجود كما عرفته قريبا.

و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه: (حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحده إذا اجتمعتا جزء السبب و الفعل يستند إليهما معا. و كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع، فلا يؤثر كل منهما إلخ).

و وجه الظهور أن الإكراه لا يقتضى الفساد لكى يكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحه، و إذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحه، و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشى ء مع ما لا يقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضيين.

و يضاف الى ذلك: أن الحكم ببطلان الطلاق- هنا- على خلاف الامتنان، لكون المطلق راضيا به و غير مهجور عن فعله، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع.

۵- أن يكون الإكراه داعيا إلى وقوع الطلاق، لا عله تامه لذلك، و لا جزء سبب له: بأن استند الطلاق إلى الإكراه طوليا، كما إذا أكره على الطلاق، و لكن وطّن نفسه عليه، و رضى به من جهه الإكراه تكوينا.

ففى هذه الصوره يحتمل الصحه، لأن الطلاق وقع عن إراده و رضاء.

و يحتمل البطلان، لأن الشى ء يستند إلى أسبق علله، فالطلاق مستند إلى الإكراه بالأخره. و مع الإغماض عنه

فلا شک فی الصدق العرفی، و أن

الطلاق وقع مکرها علیه، و هذا الاحتمال هو الأقرب. و لعل هذه الصوره هی مراد العلامه، حیث حکم بصحه الطلاق ناویا. و اللّه العالم.

هل یصح عقد المکره بالرضاء المتأخر؟

قوله: (ثم المشهور بین المتأخرین أنه لو رضی المکره بما فعله صح العقد)

أقول: قد وقع الخلاف بین الأعلام فی أن الرضاء اللاحق بالعقد الإکراهی یوجب صحته أم لا.

فذهب بعضهم إلی الأول، بل عن الریاض تبعا للحدائق أن علیه اتفاق العلماء، لأنه عقد حقیقی فیؤثر أثره مع اجتماع باقی شرائط البیع و هو طیب النفس. و ذهب بعضهم الی بطلان ذلک لوجوه.

۱- أن الرضاء بالعقد مأخوذ فی مفهومه. فإذا فقد الرضاء لم یکن- هنا- عقد لیحکم بصحته.

و یرد علیه: أنه لا شاهد لهذه الدعوی من العرف و اللغه. علی أن لازم ذلک أن لا یکون العقد الفضولی و عقد المکره بحق من العقود حقیقه مع أنها من العقود بالحمل الشائع.

۲- اعتبار رضاء العاقد فی تأثیر عقده.

و یرد علیه: أن لازمه أن لا یصح عقد المکره بحق، مع أنه صحیح جزما. کما إذا أکرهه الحاکم الشرعی علی بیع أمواله لیعطی الناس حقه، أو أو أکره المحتکر علی بیع ما احتکره عند المجاعه، فإن الإکراه فی أمثال ذلک إکراه بحق لا یمنع عن نفاذ البیع.

۳- أن مقارنه الرضاء للعقد مأخوذه فی صحته.

و یرد علیه: أن هذا و إن کان ممکنا فی مقام الثبوت، و لکن لا شاهد علیه فی مقام الإثبات، لأن ما یمکن أن یستدل به علی ذلک، و تقید به المطلقات الداله علی صحه العقود إما الإجماع أو العقل، أو آیه التجاره عن

تراض، أو الروايات الداله على حرمه التصرف فى مال المسلم بدون اذنه و رضاه، أو حديث الرفع.

و لكن لا دلاله فى شى ء منها على ما يرومه المستدل:

أما الإجماع و العقل فلأنهما من الأدله اللبيه، و من الواضح أن القدر المتيقن منهما إنما هو اعتبار مطلق الرضاء فى صحه العقد أعم من المقارن و اللاحق أما الآيه المباركه- أو الروايات الداله على حرمه أكل مال المسلم من دون رضاه- فلأنها تدل على توقف حليه المال و نقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالک. و من الظاهر أنا نلتزم بذلک بحيث لا نحكم بالحليه إلا بعد الرضاء و طيب النفس، غايه الأمر أنا لا نخصص الرضاء بالرضاء المقارن، بل نعممه الى الرضاء اللاحق- أيضا- بديهه أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدله الداله على اعتبار الرضا فى حليه المال و نقله الى غيره.

و على الجمله: ان الظاهر من تلک الأدله هو أن الرضاء معتبر فى أصل حليه المال و نقله الى غيره، سواء فيه الرضاء المقارن و اللاحق، لا أنها مختصه بخصوص الرضاء المقارن، بل التخصيص بذلک تقييد لها بلا مقيد.

قيل: ان ظاهر الآيه المباركه أن التجاره لا بد و أن تكون مسببه عن الرضاء، و ناشئه منه، و عليه فلا بد من اقترانه بالعقد، و لا يكفى لحوقه به، لأنه إذا انعقد فاسدا ابتداء لم ينقلب بعد ذلک عما هو عليه.

و من هنا يظهر أنه لا وجه لقياس المقام بالعقد الفضولى المتعقب بالرضاء و الإجازه من المالک، فان العقد الفضولى لا ينتسب الى المالک الا حين أجازته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٢

فهو حين ما ينتسب الى المالک ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و

هـذا بخلاف عقـد المكره، فإنه حين صـدوره من المالك و انتسابه اليه قـد حكم عليه بالفساد، و لـم يصـدر منه عقـد ثانيا، و انما رضى بالعقد السابق، و هو لا ينقلب عما هو عليه.

و لكن الصـحيح هو تـأثير الإجازه اللاحقه و الرضاء المتأخر فى المقام أيضا بيان ذلك: أن التجاره بالمعنى المصـدرى و ان كان أمرا يحـدث و يفنى الا أنها بمعنى اسم المصـدر له بقاء، و بهـذا المعنى أمرنا بانهاء العقـد و إتمامه، و عليه فالتجاره الصادره من المكره إذا تعقبها الرضاء و الإجازه يصدق عليها أنها تجاره عن تراض.

و ممـا يـدل على ذلـك: أن الآيه المباركه واضـحه الـدلاله على أن سـبب أكل مال الغير منحصـر فى أمرين: الأسـباب الباطله، و التجاره عن تراض، و لا ريب فى أنه لا يكون الأكل فى محل الكلام أكلا بالباطل، فيكون من جهه التجاره عن تراض.

ثم إن المصـنف قـد التزم بعـدم اعتبـار مقـارنه الرضـاء للعقـد بـأن دلاـله آيه التجـاره على ذلك إما بمفهوم الحصـر، أو بمفهوم الوصف:

أما الأول فهو منفى فى المقام، بداهه أن الدلاله على الحصـر انما يكون إذا كان الاستثناء فى تلك الآيه متصلا. و من الواضح أن الاسـتثناء فيها منقطع إذ التجاره عن تراض ليست داخله تحت الأسـباب الباطله للتجاره لكى يكون خروجها عنها بعنوان الاسـتثناء المتصل.

أمـا الثـانى فلأـن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب، و الا فلا مفهوم له. و من الواضـح أن الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب، لا للاحتراز. انتهى ملخص كلامه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٣

و يرد عليه أولا: أن إنكار مفهوم الحصر- هنا- مناف لما استدل هو رحمه

اللّه بالآيه المذكوره على لزوم العقود، و من المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا يتم الا على فرض دلالتها على الحصر، لأن الأكل بفسخ العقد لا يحرم الا بعدم كونه تجاره عن تراض، و اذن فالأكل المحلل منحصر بالتجاره عن تراض.

ثانيا: أنا ذكرنا مرارا أن دخول باء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها- فى الآيه- مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها، كما أن المراد من كلمه الأكل فى الآيه ليس هو الازدراد الذى هو معناه الحقيقى، و انما هى كنايه عن تملك مال غيره من غير استحقاق، و عليه فان كان الاستثناء فى الآيه المباركه متصلا- كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربيه- يكون مفاد الآيه هو المنع عن تملك أموال الناس بشى ء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض، فإن الأكل بغيره باطل، و بغير حق، فتدل الآيه على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض.

و ان كان الاستثناء منقطعا فالآيه- وقتئذ- و ان لم تكن ظاهره فى الحصر ابتداء، الا أنه تعالى لما كان فى مقام بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه الكريمه بالقرينه المقاميه، و اذن فالآيه الشريفه تدل على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض، سواء أ كان الاستثناء متصلا، أم كان منقطعا، و أما غير التجاره عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

و من هنا يظهر أنه لا يتوقف الاستدلال بالآيه على اعتبار مقارنه الرضاء للعقد على كون الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر- و لا على الالتزام بمفهوم الوصف

مصباح

و أن الحكم المذكور فى القضيه لم يثبت للجامع بين واجد الوصف و فاقده،- كما هو الصحيح- و اذن فلا- يبقى لمناقشه المصنف مجال، و عليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لا دلاله فى الآيه الا على عدم جواز الأكل ما دام التراضى غير موجود، فإذا وجد الرضاء من المكره انقلبت التجاره إلى التجاره عن تراض، فلا يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل.

أما حديث الرفع فلا يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكره- مثلا- ما دام الإكراه، فإذا ارتفع الإكراه، و تبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الداله على صحه العقود من بيع أو غيره، فانا حققنا فى محله: أنه إذا ورد عام ثم خصص بمخصص فى زمان خاص لم نرفع اليد عن ذلك العام الا بمقدار دلاله المخصص. و عليه ففى ما نحن فيه أن عمومات صحه المعاملات قد خصصت بحديث الرفع، و من الظاهر أنا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الإكراه، و يبقى الباقى تحت العام.

و مع الإغماض عن ذلك نقول: إن حديث الرفع حيث ورد فى مقام الامتنان فلا- يدل الا- على رفع حكم يكون جعله مخالفا للامتنان، و يكون رفعه موافقا له.

أما إذا كان رفع الحكم مخالفا للامتنان، و كان جعله موافقا له كصحه البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع- وقتئذ- مخالف للامتنان، و وضعه موافق له، فهو لا يكون مشمولا لحديث الرفع.

و من هنا يظهر أنه إذا كان الحكم لا يعد فى نفسه و طبعه موافقا للامتنان و لا مخالفا له، بل كانت مخالفته للامتنان و موافقته له باعتبار حصصه و أفراده فلا محاله كان المجعول ما هو موافق

للامتنان، و يرفع ما هو مخالف له.

و لا شبهه فى أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، بديهه أن الحكم بترتب

الأثر على العقد المكره عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع. و لكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء: أى بعد لحوق الرضاء به موافق للامتنان، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع.

و بعباره أخرى: الحكم بصحه العقد غير المقترن بالرضاء، و لا الملحوق به مخالف للامتنان، فهو غير مجعول، لحديث الرفع.

أما العقد المكره عليه الملحوق بالرضاء فلا امتنان فى رفع أثره، و الحكم بعدم صحته من حين ما رضى المالك به، فلا يشمله حديث الرفع الوارد فى مورد الامتنان.

ثم أجاب المصنف- عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضاء المقارن فى صحه العقد- بوجهين:

الوجه الأول: أن حديث الرفع انما يرفع المؤاخذه، لأنه وارد فى مقام الامتنان، و رفع المؤاخذه عن المكلف منه عليه، فترتفع بحديث الرفع أما الحكم بوقوف عقد المكره على الرضاء راجع الى أن له أن يرضى بذلك فيكون هذا حقا له، لا عليه، و حينئذ فرفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضاء على خلاف الامتنان، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع، انتهى ملخص كلامه فى الوجه الأول.

و يرد عليه: أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعى المتعلق بالمكره عليه، أو المترتب عليه من الحكم التكليفى، أو الوضعى.

و عليه فدعوى: أن المرفوع هو المؤاخذه و إلزام المكره بما صدر منه، دعوى غير صحيحه.

و إن شئت قلت: ان المرفوع بحديث الرفع فى العقد الإكراهى هو صحه العقد، لكنه لا على الإطلاق، لأنه على خلاف الامتنان، بل ما دام الإكراه

باقيا، فإذا تعقب بالرضاء

كان مشمولا للإطلاقات.

أما توقف عقد المكره على الرضاء المتأخر فهو لم يكن مجعولا حتى يقال انه حكم له، لا عليه، فلا يشمله حديث الرفع، لأن المرفوع به المؤاخذه و الأحكام المتضمنه لإلزام المكره بشى ء.

الوجه الثانى: أن أدله صحه المعاملات تقتضى بإطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه فى الخارج، و حكومه حديث الرفع على الأدله المذكوره تقتضى رفع السببيه المستقله عن العقد المجرد عن الرضاء، و ترتيب هذه السببيه على العقد الصادر لا عن اكراه، و لا ينافى ذلك كون العقد جزء السبب، و وقوف تأثيره على الرضاء المتأخر. انتهى ملخص كلامه فى الوجه الثانى.

و لكنه ناقش فى ذلك بما حاصله: أن المطلقات الداله على السببيه المستقله إذا قيدت بما إذا صدر العقد من غير اكراه لم يبق- هنا- ما يدل على صحه عقد المكره فيما إذا تعقبه الرضاء، و عليه فالمرجع- عندئذ- هو الأصل و هو يقتضى الفساد.

ثم ذكر: أن حديث الرفع لا يمكن أن يكون حاكما على المطلقات، فلا مانع من التمسك بها لصحه عقد المكره المتعقب بالرضاء.

و بيان ذلك: أن المطلقات قد قيدت بالأدله الأربعه- المقتضيه لحرمه أكل المال بالباطل، و مع عدم طيب النفس- بما إذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا، و الا كان الأكل أكلا للمال بالباطل و إذا كان كذلك فتستحيل حكومه حديث الرفع عليها، و ذلك لأن العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الإكراه عليه، و العقد الملحوق بالرضاء قد حكم عليه بالصحه بما أنه مكره عليه، و مثل ذلك غير قابل لأن يشمله حديث الرفع، فإنه يختص بما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٧

إذا كان الأثر مترتبا على ذات الشى ء من غير دخل للاختيار و

الإـكراه فيه، فيرتفع أثره عنـد الإـكراه، و ذات العقـد فى المقـام لاـ أثر له، الاـ أنه جزء السـبب المؤثر. و لاـ يمكن رفع هـذا الأثر بحديث الرفع، هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

أقول: أما ما أفاده أولا فيرد عليه: أن مقتضـى الإطلاقات هو سـببيه العقد مطلقا، لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه فيمـا إذا لم يكن العاقـد راضـيا به لاـ سابقـا و لاـ لاحقـا على مـا عرفته، فيبقى مـا لحقه الرضاء تحت المطلقات، لا أن المرجع هو الأصل الذى يقتضى الفساد.

أمـا مـا أفاده أخيرا فهو مبنى على الالتزام بتقييـد المطلقات أولا بما دل على حرمه أكل المال بالباطل، ثم ملاحظه النسـبه بينها، و بين حديث الرفع.

و لكن هذا غير صـحيح، فان حديث الرفع فى عرض سائر المقيدات و نتيجه الكل: أن العقد إذا لم يكن مرضـيا به، لا سابقا، و لا لاحقا لم يؤثر أثره.

أما إذا كان مكرها عليه حدوثا، و لكن رضى به المالك بعد ذلك فلا دلاله فى شى ء من المقيدات على بطلانه، فيحكم بصحته بمقتضى الإطلاقات

بحث فى أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل

قوله: (بقى الكلام فى أن الرضاء المتأخر ناقل، أو كاشف)

أقول:

بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحه بيع المكره قد وقع الكلام بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٨

الأعلام فى أنه كاشف عن صحه العقد من أول الأمر، أو ناقل من حين تحقق الرضاء؟.

مقتضى الأصل هو القول بالنقل، فإنه يشك فى حصول الملكيه إلى زمان الرضاء، فالأصل يقتضى عدمه.

أما بحسب الدليل الاجتهادى فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهه ما ورد فى تزويج الصغيرين [١] حيث حكم الامام (ع) بالتوارث

---

[١] عن أبى عبيده الحذاء قال: سألت أبا جعفر (ع) عن

غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين؟ فقال: النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار. قلت: فان كان الرجل الذى أدرك قبل الجاريه و رضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجاريه أ ترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف باللّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر. صحيح. الكافى ج ۵ من ط ۲ باب تزويج الصبيان ص ۴۰۱ و التهذيب ج ۲ ص ۲۲۳. و الوافى ج ۱۲ باب ۶۸ ولى العقد على الصغار ص ۶۵.

و رواه الشيخ فى باب توارث الأزواج من الصبيان من كتاب الميراث فى ص ۴۴۰. عن على بن فضال، عن محمد بن على، عن السراد، عن ابن رئاب عن أبى جعفر (ع).

و لكن الظاهر: ان ابن رئاب يروى عن الحذاء، و هو يروى عن أبى جعفر (ع)- كما عرفته فى المصادر المتقدمه- لأن ابن رئاب من أصحاب الصادق (ع) لا الباقر (ع) فالسقط انما هو من قلم النساخ.

و عن الحلبى قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره ا يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال فقال: اما التزويج فصحيح و اما طلاقه. قلت فان ماتت، أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى ثم يحلف باللّه ما دعاه الى أخذ الميراث إلا الرضاء بالنكاح، و يدفع اليه-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۳۹

بينهما إذا مات أحدهما، و لكن بعد إحلاف الحى على أن إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحيه الطمع فى المال، بل من جهه رغبته فى النكاح.

و لكن يرد عليه: أن الروايه قد وردت

فی النکـاح الفضولی، و التعـدی منه الی سـائر المعاملات الفضولیه و ان کـان جـائزا، لعـدم الفـارق بینها و بین النکاح من ناحیه الفضـولیه، الاـ أنـه لاـ یمکـن التعـدی منه الی بیـع المکره المتعقب بالرضـاء الاـ بـدلیل، و ذلـک للفرق الواضـح بینه و بین الـبیع الفضولی، فإن بیع المکره یسـتند الی المالک من أول الأمر، و قـد فرضـنا أنه لم یحکم بصـحته إلا بعـد تحقق الرضاء، و أما البیع الفضولی فهو یستند الی المالک من حین أجازته فیمکن الحکم بصحته من أول الأمر. هذا.

و الصـحیح: هو القول بـالکشف فی کلاـ المقـامین، و ذلک لأن الإجازه و ان کانت متأخره عن العقـد، الا أنها متعلقه بالعقـد، و إمضاء له، و لازم ذلک هو الحکم بتأثیره من أول الأمر، و سیأتی توضیح ذلک فی بحث البیع الفضولی.

و نزیـد علی ذلک فی المقام بأن مقتضـی العمومات و الإطلاقات هو صـحه العقد، و تأثیره من حین حدوثه. لکن حدیث الرفع و غیره دل علی اعتبار الرضاء الأعم من المقارن و المتأخر فی ذلک. و مقتضـی الجمع بینهما هو الحکم بالصـحه و ترتب الأثر علیه من أول الأمر.

فإن قلت: إذا حکم علیه بالصـحه من أول الأمر فقد کان سـبب الحل- و أکل المال- التجاره لا عن تراض، و قد فرضـنا انحصاره بالتجاره عن تراض قلت: الحکم بالصحه إنما هو بعد الرضاء. و لکن متعلق الحکم إنما هو

- المیراث، مجهول بمحمد بن موسی المتوکل. الوافی ج ١٢ باب ١٧۵ ص ١۶٧.

و قد تقدم صدره فی ص ٢٧۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ٣، ص: ٣۴٠

الصحه من حین العقد، فمن اکره علی بیع داره- مثلا- ثم رضی بما فعله یحکم علیه من حین رضاه

بـأنه مالـك للثمن من حين العقـد، كما أن المشترى مالك للـدار. و سـيجى ء فى البحث عن البيع الفضولى بيان ذلك إنشاء اللّه تعالى، و أنه غير الكشف الحكمى الذى التزم به المصنف قدس سره.

ثم إن المصـنف قاس ما نحن فيه بفسـخ العقـد، بـدعوى: أن الفسخ و إن كان حلا للعقد السابق، و جعله كأن لم يكن، إلا أنه لا ترفع به الملكيه السابقه على الفسخ، لأن العبره بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان حدوث متعلقه.

و يتوجه عليه: أن هـذا قيـاس باطل، لوجود الفارق بين الفسـخ و بين ما نحن فيه: بـداهه أن الفسـخ عباره عن حل العقـد، و يقابله إقراره و إمضاؤه و أما إجازه العقـد فيقابله رده، فلا منافاه بين أن يكون أثر الفسخ من حينه- كما هو ظاهر أدلته- و أن يكون أثر الإجازه ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره؟.

فيه كلام سيأتى فى بحث العقد الفضولى. فإن الملاک مشترک فيه بين البابين.

و الى هنا جف القلم فى بيع المكره و توابعه. و الحمد للّه أولا و آخرا.

بحث فى معاملات العبد

قوله: (مسأله:

و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوک أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده)

اشاره

أقول: لا شبهه فى أن العبد ليس كالحر العاقل بحيث يكون مستقلا فى التصرف، و لا أنه مثل المجانين

بحيث لا يترتب على فعله و عبارته أثر بوجه، و إنما هو برزخ بينهم و بين الحر العاقل.

ثم إن الأقوال فى تصرفات العبد ثلاثه:

١- أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التى بها عيشه.

٢- أن جميع تصرفاته نافذه، إلا ما يكون تصرفا فى سلطنه المولى،- و حينئذ- فلا بأس فى نفوذ تصرفاته بما لا ينافى حق

المولی، کأن یتوکل عن غیره فی معامله أو إیقاع، أو یضـمن دین شـخص بشـرط أن یؤدیه لصاحب الـدین بعد انعتاقه، أو أشـباه ذلک.

۳- أنه لا یجوز تصـرفه فی کلما یعـد شـیئا معتدا به بحسب العرف و العاده من غیر فرق فی ذلک بین ما یتعلق بأموال سـیده و ما یتعلق بنفسه من عقد أو إیقاع و ما یتعلق بأمواله- بناء علی کونه مالکا شـرعا- و ما یتعلق بسائر الناس من التصرف فی أموالهم أو أنفسـهم بعقد أو إیقاع فإن صحه جمیع ذلک یتوقف علی اذن المالک و أجازته و علی الجمله یحکم بلغویه کل تصرف یستقل العبد فیه من دون أن یتقید بقسم خاص و اذن فلا تصح وکاله العبد عن غیره أیضا حتی فی إجراء الصـیغه فضلا عن کونه وکیلا مفوضا ما لم یکن ذلک باذن سیده.

ذهب المصـنف الی الوجه الأخیر، حیث حکم بأنه لا یجوز للمملوک أن یوقع عقـدا إلا بإذن سـیده، سواء أ کان لنفسه فی ذمته، أو بما فی یده أم کان لغیره.

و استدل علی رأیه هذا بقوله تعالی «ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۳، ص: ۳۴۲

عَلی شَیْ ءٍ «۱»».

و بصـحیح زراره عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه علیهما السـلام قالا: المملوک لا یجوز طلاقه و لا نکاحه إلا بإذن سیده، قلت: فان کان السید زوّجه بید من الطلاق؟ قال: بید السید. «ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْ ءٍ» فشی ء الطلاق «۲».

و وجه الاستدلال بهما: أنه کلما صدق علیه أنه شـی ء معتد به فلا یقدر العبد علی التصرف فیه شرعا من دون اذن مولاه. و علیه فلا یجوز للعبد أن یکون وکیلا عن غیره

فی إجراء الصیغه فضلا عن کونه وکیلا- مفوضا، و لا- علی إیجاد الملکیه أو الزوجیه لنفسه، و لا- علی طلاق زوجه، و لا علی الالتزام بشی ء و التعهد بدین- و ان اشترط أداءه بعد حریته- لأن کل ذلک یصدق علیه عنوان الشی ء، فلا یقدر علیه العبد شرعا بدون إذن سیده.

و علی الجمله: ان الظاهر من الآیه و الروایه هو أن العبد غیر مستقل فی جمیع تصرفاته، سواء أ کانت راجعه إلی نفسه حال عبودیته، أم تعلقت برقبته، کأن یضمن الشی ء لشخص بشرط أن یعطیه إیاه بعد حریته، و سواء أ کانت راجعه إلی سیده، أم کانت راجعه إلی الأشخاص الآخرین- و ان لم یکن- هناک- ما یزاحم حق المولی، کأن یتوکل عن غیره فی عقد أو إیقاع.

و السر فی ذلک: هو أن عدم قدرته علی شی ء لیس الا عدم تمکنه من التصرف فیه، و أنه یحتاج فی ذلک الی الاستعانه من غیره، و من الواضح أن المحتاج الی غیره فی فعل لا یکون قادرا علی التصرف فیه استقلالا، و علیه

---

(۱) سوره النحل الآیه: ۷۵.

(۲) الفقیه ج ۳ من طبعه النجف باب طلاق العبد ص ۳۵۰.

فشأن العبد شأن الصبی، فکما أن الصبی لا ینفذ تصرفه فی شی ء إلا بإذن ولیه، کذلک المملوک، فإنه لا ینفذ تصرفه فی شی ء إلا بإذن سیده. انتهی ملخص کلامه مع التوضیح الإجمالی. و تبعه- فی ذلک- شیخنا الأستاذ.

و التحقیق: أنه لا دلاله فی الآیه، و لا فی الروایه علی ما ذهبا الیه.

و بیان ذلک: أنه لیس المراد من عدم القدره- فی الآیه- هو عدم القدره عقلا، و لا أن المراد من الشی ء هو الشی ء

التكوينى الخارجى، بداهه أن العبد مثل الحر فى قدرته على الأمور الخارجيه.

و أيضا ليس المراد من نفى القدره هو نفى القدره الشرعيه التكليفيه، ضروره أن ما هو مباح للأحرار- فى الشريعه المقدسه الإسلاميه من المأكولات و الملبوسات و المشروبات- مباح للعبيد- أيضا- و ليس لإذن المولى دخل فى ذلك بوجه.

بل المراد من قوله تعالى لَا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ هو عدم نفوذ تصرفات العبد فى شى ء، و على هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن قوله تعالى:

لَا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ قيد توضيحى، لأن العبد لا ينقسم الى القادر و العاجز، بل المملوكيه مساوقه للعجز.

لا وجه لذلك من جهه أن المراد من عدم القدره هو عدم نفوذ التصرف. و لا شبهه فى أن هذا حكم وضعى، فلا معنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.

ثم ان لفظ (مملوكا) فى الآيه الكريمه بمنزله العله لقوله تعالى لَا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ، فكأنه تعالى قال: ان العبد لا ينفذ تصرفه، لكونه مملوكا.

و عليه فمناسبه الحكم و الموضوع تقتضى أن يراد من عدم قدره العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه و أمواله من حيث عبوديته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۴۴

أما عدم نفوذ تصرفه فى أموال سيده، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهه كونه عبدا مملوكا، بل من جهه الأدله الداله على حرمه التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، و لا ريب فى أن هذا المعنى لا تقتضيه العبوديه، بل هو مشترك فيه بين العبد و الحر.

و لو سلمنا أن الآيه ليست بظاهره فى هذا المعنى، الا أنه لا سبيل إلى إنكار كونه محتملا منها، و عليه فتكون الآيه مجمله، و اذن فلا يمكن الاستدلال بها

على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى سيده أو الى شخص آخر غير سيده و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل لفظ (مملوكا) فى الآيه قيدا توضيحيا، بدعوى أن العبد لا ينقسم الى مملوك و غير مملوك.

و قد ظهر لك مما ذكرناه أيضا: أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد وكيلا عن غيره فى إنشاء عقد أو إيقاع، و بين توكيله غيره فى ذلك. أما الأول فيجوز له ذلك، لأنه لا يعد تصرفا فيما يرجع الى نفسه لكى يحكم بفساده بدون اذن مولاه، بداهه أن كون العبد مملوكا لمولاه لا يلازم سقوط ألفاظه و عباراته و العقد أو الإيقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته.

أما الثانى فلا يجوز له ذلك، إذ ليس للعبد أن يستقل فى التصرف فيما يرجع الى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده، فإذا لم يجز له ذلك لم يجز له توكيل غيره فيه. هذا ما يرجع الى الآيه المباركه.

أما روايه زراره فإنها ظاهره- أيضا- فى عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع الى نفسه، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفا على اذن سيده و القرينه على هذه الدعوى من نفس الروايه هى قوله عليه السلام: المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فان كان السيد زوّجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۴۵

بيد من الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد سيده.

ثم إنا إذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى- أيضا- إلا بإذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق، و لكن لحقته الإجازه من المولى فهل يحكم بصحته؟.

فيه خلاف بين الأعلام.

قد احتمل

المصنف أولا عدم نفوذه، و حاصل كلامه: أن الإجازه إنما تتعلق بمضمون العقد: أعنى به انتقال المال بعوض، و لا ريب فى أن هذا المعنى- فيما نحن فيه- ليس منوطا برضاء المولى، إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين، بل حق المولى من جهه كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده، و من الواضح أن الإنشاء إذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشى ء لا ينقلب عما هو عليه.

و بتعبير آخر: أن ما ترتبط به إجازه المولى: أعنى به الإنشاء لا يعقل أن تلحقه الإجازه، فيكون صادرا من قبل المولى، لاستلزامه الانقلاب المحال، و ما لا يستلزم المحال من تعلق الإجازه به- و هو مضمون العقد- غير مرتبط بالمولى. و سيأتى الجواب عن هذه المناقشه قريبا.

ثم إنه رحمه اللّه قوّى صحه تصرفات العبد بالإجازه اللاحقه بوجوه:

و حاصل الوجه الأول: أن العمومات و المطلقات قد دلت على صحه العقود و الإيقاعات، سواء أ كانت صادره من الأحرار، أم كانت صادره من المماليك، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده إلى اذن المولى أصلا، لا سابقا، و لا لاحقا، و يبقى الباقى تحت العمومات و المطلقات و ببيان أوضح: أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقا، أو إجازته لاحقا، و ليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط فى تصرفات العبد.

و لو أغمضنا عن ذلك، و شككنا فى أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول، أو المعنى الثانى وجب الأخذ بالمعنى الأول، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملا:- بان كان مرددا بين الأقل و الأكثر-

أخـذنا بالقـدر المتيقن منه، و هو فى المقـام العقـد الصـادر من العبـد بلاـ إذن سابق، و لا إجازه لاحقه و فى غير ذلك نتمسـك بالعمومات.

و أورد عليه شـيخنا الأستاذ بأن دليل اعتبار الاذن فى تصرف العبد ظاهر فى الاذن السابق، فلا يشمل الإجازه اللاحقه لأن الإجازه غير الاذن و عليه فلا إجمال فى المخصص لكى يتمسك بالعموم و يحكم بنفوذ تصرف العبد مع الإجازه اللاحقه أيضا.

و يرد عليه: أن دليل اعتبار الاذن فى تصرفات العبد لا ظهور له فى إراده الإذن السابق.

أما الآيه فواضح، لأن المستفاد منها- كما عرفته سابقا- هو عدم نفوذ تصرف العبد، لكونه مملوكا لا يقدر على شى ء، فلا بد فى نفوذه من دخـل إذن المولى فيه، و لكن لاـ يسـتفاد منها أن دخله فيه بأيه كيفيه، أ هو بالاذن السابق، أم كان ذلك أعم منه و من الإجازه اللاحقه، و عليه فيدور الأمر بين الأقل و الأكثر، فمقتضى القاعده فى أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل، لكونه متيقن الإراده.

أما صحيحه زراره فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد و طلاقه من دون اذن سيده بأن يكون مستقلا فى تصرفه.

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الإجازه فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن فى الاذن السابق، و هو أول الكلام.

و حاصل الوجه الثانى: أن صحيحه زراره المتقدمه قد دلت على صحه

النكاح و الطلاق بالاذن، و حيث ثبتت بالأخبار الخاصه صـحه النكاح بالإجازه اللاحقه فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن فى الصـحيحه أعم من السابق و اللاحق،- و حينئذ- فنلتزم بصـحه سائر العقود- أيضا- بالإجازه اللاحقه، لعدم الفارق بين النكاح و بين بقيه العقود، و لازم هذا

التعميم و إن كان يقتضى الالتزام بصحه الطلاق- أيضا- بالإجازه اللاحقه، إلا أنه خرج ذلک بالدليل الخارجى.

و توهم أنه يلزم- وقتئذ- تأخير البيان عن وقت الحاجه توهم فاسد، لأن المقصود من الصحيحه هو نفى استقلال العبد فى الطلاق و أنه يبطل بدون إذن سيده، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبره فى طلاق العبد، و عليه فكفايه الإذن اللاحق فيه و عدمها أمر خارج عن مقام البيان.

و يتوجه عليه: أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحه بأن يقال لما كانت الصحيحه مشتمله على الطلاق- الذى لا يصح بالإجازه اللاحقه- استكشفنا بذلک أن المراد من كلمه الاذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط، لا الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، و عليه فصحه النكاح بالإجازه اللاحقه إنما ثبت بالدليل الخارجى، و لا يلزم- عندئذ- تأخير البيان عن وقت الحاجه، لأن الإمام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجمله، لا مطلقا، و عليه فلا بد من ملاحظه الصحيحه فى نفسها، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد من الاذن هل هو الاذن السابق، أو الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، فتبقى الصحيحه على إجمالها.

الوجه الثالث: استفاده ذلک مما دل [١] على أن اجازه المولى توجب

---

[١] عن زراره عن أبى جعفر (ع) قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلک مولاه؟ فقال: ذلک الى مولاه إن شاء فرق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما، فان فرق بينهما فللمرأه ما أصدقها إلا أن-

صحه نكاح العبد الواقع بدون إذنه: و ذلک لوجهين:

الوجه الأول: أن مقتضى هذه الأخبار هو صحه ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من

ترک الاستفصال، و على هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكى يخرج بذلک عن عنوان عقد المملوک و يدخل تحت عنوان عقد الفضولى الذى لا ربط لصحته- بالإجازه اللاحقه- بصحه عقد العبد بإجازه المولى. و إذا صح نكاح العبد صحت بقيه العقود الصادره منه بالأولويه.

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صحه معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أ كان المباشر للصيغه هو العبد، أم كان غيره، و سواء أ كانت العقود للعبد، أم كانت لغيره، و إنما باشرها العبد وكاله. و كل ذلک من ناحيه ترک الاستفصال.

الوجه الثانى. أن قوله عليه السلام: «إنه لم يعص اللّه انما عصى سيده فإذا

- يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول.

فقلت لأبى جعفر «ع» فإنه فى أصل النكاح كان عاصيا؟ فقال أبو جعفر «ع»:

إنما اتى شيئا حلالا- و ليس بعاص للّه، و إنما عصى سيده. و لم يعص اللّه، إن ذلک ليس كإتيانه ما حرم اللّه تعالى عليه من نكاح فى عده و أشباهه. ضعيف بموسى بن بكر.

و عنه عن أبى جعفر «ع» قال: سألته عن مملوک تزوج بغير إذن سيده فقال ذاک الى سيده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بينهما. قلت: أصلحک اللّه إن الحكم بن عتيبه و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل له إجازه السيد له. فقال أبو جعفر «ع»: إنه لم يعص اللّه إنما عصى سيده فإذا اجازه فهو له جائز. حسن بإبراهيم بن هاشم. الكافى ج ۵ من ط ۲ ص ۴۷۸. الوافى ج ۱۲ باب تزويج الإماء ص ۸۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۴۹

أجازه فهو

له جائز» عله لصحه العقد الصادر من العبد، و مفاد هذه العله هو أن المعيار فى صحه معامله العبد بعد عدم كونها مخالفه للّه- كالمعامله على الخمر و الخنزير و الميته و نحوها- إنما هو وقوعها برضاء المولى، سواء فيه الرضاء السابق و اللاحق.

و عليه فإذا أوقع عقدا بدون رضاء سيده- الذى هو معنى عصيانه- ثم رضى به سيده صح العقد، لأن معامله العبد- عندئذ- ليست معصيه للّه حتى يحكم بفسادها، بل هى معصيه لسيده. فيحتاج إلى إجازته، و قد فرضنا تحققها.

و اذن فالروايه فى مقام بيان الضابطه الكليه و هى أن كل عقد كان فيه عصيان للّه فهو فاسد، كالعقد على المحارم، و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان للّه فهو صحيح غايه الأمر أنه يحتاج إلى إجازه سيده هذا.

و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الوجه الأول، و حاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد: أعنى به المنشأ متوقفا على الإجازه أما الإنشاء الذى- هو جهه الإصدار- فهو معنى حرفى و ملحوظ تبعى و إذا عقد لغيره فضولا، أو وكاله كان مضمون العقد راجعا الى غير المولى، فلا يرتبط بإجازته، بل المربوط بإجازته انما هو جهه الإصدار: أعنى به الإنشاء و عليه فجهه الإصدار معنى اسمى، و ملحوظ استقلالى،- و حينئذ- فإذا قام الدليل على اجازه المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلا على إجازه جهه الإصدار فيه- أيضا- لكونها ملحوظه تبعا.

و لكن لا يمكن التعدى من ذلك الدليل إلى جهه الإصدار فى القسم الثانى- أيضا- لكونه معنى اسميا، و من الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحرفى قياس مع الفارق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص:

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، بديهه أن كون متعلق الإجازه ملحوظا للمجيز استقلالا تاره و تبعا اخرى لا يرتبط بجهه الاستدلال.

بيان ذلك: أن العقد الواقع على ملك السيد تتوقف صحته على أجازته و اذنه- و لو كان صادرا من غير عبده- كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك و لو تعلق بمال غيره و عليه فإذا أوقع العبد عقدا على مال المولى- كما فى النكاح- كان ذلك مجمعا للعنوانين، و إذا ثبتت صحه ذلك- فيما إذا تعقبته اجازه المولى- ثبتت صحه عقده بمال غير المولى إذا تعقبته الإجازه أيضا.

ثم ان التمسک بهذه الوجوه لإثبات صحه تصرفات العبد بالإجاره اللاحقه إنما يفيد فى مرحله الإثبات بعد فرض الإمكان فى مرحله الثبوت. و إذا حكمنا بالاستحاله ثبوتا من ناحيه الانقلاب المحال لم يفد التمسک بها إثباتا.

و عليه فلا يجتمع ما احتمله المصنف فى مطلع كلامه- بدءا- من الاستحاله فى مقام الثبوت، مع حكمه بصحه تصرفات العبد بالإجازه اللاحقه من ناحيه الوجوه المتقدمه. و إليک لفظه:

(و كيف كان فانشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى: أما مع الاذن السابق فلا إشكال. و أما مع الإجازه اللاحقه فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهه العوضين بل المنع من جهه راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازه لا يخرجه عن الاستقلال الواقع عليه قطعا).

«ثم انتقل الى مقام الإثبات، و قال:»

الا أن الأقوى هو لحوق إجازه المولى

إلخ).

إلا أن يقال: ان غرض المصنف من التمسک بالوجوه المذكوره- فى مقام الإثبات- هو ان الأدله الداله على اعتبار رضاء المولى

فى تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق و اللاحق، و عليه فإذا صدر عقد من العبد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۵۱

من دون رضاء سيده لم يتصف ذلك- بمجرد صدوره بدون اذن المولى- بالاستقلال لكى يلزم من لحوق الإجازه به الانقلاب المحال.

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم لحوق الرضاء، و إذا اقتضت العمومات و الإطلاقات صحه عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمنا بها من دون استلزامه الانقلاب المحال.

و كيف كان يمكن الجواب عن المناقشه المذكوره: بأن العقد الصادر من العبد له جهتان: جهه الإنشاء، و جهه المنشأ، و من الواضح ان المحتاج إلى إذن المولى إنما هو المنشأ: أعنى به الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، دون الإنشاء: أعنى به إبراز ذلك الاعتبار النفسانى.

و يدل على صحه ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه زراره المتقدمه: (المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده).

و وجه الدلاله: هو أن الطلاق و النكاح ليسا مجرد الإنشاء. بل الطلاق عباره عن اعتبار حل العلقه المبرز بمظهر خاص خارجى. و النكاح عباره عن اعتبار العلقه الزوجيه فى صقع الذهن المبرز بمظهر خارجى.

و عليه فشأن ما نحن فيه شأن ما ثبت فى محله من أن صحه نكاح بنت الأخ و بنت الأخت متوقفه على إجازه العمه و الخاله، فإن المتوقف على إجازتهما ليس هو صحه الإنشاء فقط، بل صحه ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع و لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه- من الجواب عن المناقشه المتقدمه- مبنى على كون صحه إنشاء العبد لغيره وكاله أو فضولا متوقفه على اجازه المولى أما بناء على ما ذكرناه- عند التعرض للايه المتقدمه من عدم كون المولى مالكا لإنشاء العبد-

فإنه لا شبهه فى صحه إنشائه لغيره وكاله أو فضولا، سواء رضى به المولى، أم لم يرض به، إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد و ألفاظه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۵۲

لتتوقف صحتها على أجازته.

ثم إنه بقى- هنا- شى ء لم يتعرض له المصنف، و هو أن اجازه المولى لعقد العبد هل هى كاشفه، أو ناقله؟.

مقتضى القاعده أنها ناقله، لأصاله عدم تحقق الأثر إلى زمان الإجازه، و لم يرد- هنا- دليل على الكاشفيه لكى يخرج به عن القاعده المزبوره، كما ورد فى الفضولى.

نعم إذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعده- سيأتى الكلام فى ذلك فى البحث عن البيع الفضولى- التزمنا- هنا- بالكشف أيضا،

قوله:

(فرع لو أمر العبد آمر أن يشترى نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم

بناء على كفايه رضاء المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن الضمنى).

و لكن نوقش فيه بوجهين:

الوجه الأول: أن عباره العبد متحده مع عباره سيده، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب و القابل. و هذا يوجب بطلان العقد.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يقتضى المنع- أيضا- عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقا، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه لا دليل على اعتبار التغاير بين الإيجاب و القبول بل يكفى التغاير بينهما اعتبارا.

على أنه لا اتحاد فى المقام، لأن كون العبد مملوكا لمولاه لا يقتضى ذلك.

الوجه الثانى: أنه تعتبر- فى صحه العقد- قابليه كل من المتبايعين للإنشاء عند تحقق الإيجاب و القبول كليهما، و عليه فلو كان المشترى عند إيجاب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۳، ص: ۳۵۳

البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع- حال قبول المشترى- عن قابليه إيجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما، لأنه-

وقتئذ- لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه، و حيث إن العبد- فيما نحن فيه- غير قابل للقبول فى زمان الإيجاب- لعدم كونه مأذونا فى ذلك من قبل المولى- فيحكم- حينئذ- بفساد العقد.

و يتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط- على ما ذكرناه فى محله- لأن المناط فى تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى- و عليه فإذا تحقق إنشاء البائع- حال كون المشترى نائما أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشترى الى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع- صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للأدله الداله على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الإنشاء حين قبول المشترى حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشترى.

هذا كله فيما إذا وكل المشترى العبد فى الاشتراء من سيده.

أما لو وكله فى الاشتراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا مفوضا فلا شبهه فى أن شأنه شأن المولى، فيعود النزاع المتقدم. و ان كان الوكيل وكيلا فى خصوص إجراء الصيغه فلا شبهه فى احتياج الاشتراء إلى الإجازه من المولى. هذا تمام الكلام فى البحث عن معاملات العبد.

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهه فى المعاملات، و يليه الجزء الرابع إنشاء اللّه، و أوله مبحث البيع الفضولى، و الحمد للّه رب العالمين و صلى اللّه على محمد و آله الطاهرين.

قد وقع الفراغ من ذلك سنه ۱۳۷۴ هج.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.